

1000 Yılın İslam Fıkıhı Temel Eseri
Deliller ve Hükümler

mebsût

Serahsî

(1009-1090)

Şemsü'l-eimme Ebû Şehî Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed

Editör

Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit

15. Cilt

Gümüşev

15. CİLT TERCÜME ve TASHİH HEYETİ

Sayfa	Tercüme Eden	Tashih Eden
2-184	SONER DUMAN	PROF.DR. HAMDİ DÖNDÜREN

Not:

Eserin tamamı Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit tarafından kontrol edilmiş ve dipnotlarla zenginleştirilmiştir.

Gümüşev Yayınları No: I
ISBN: 978-605-5779-00-9

"Mebcut kitabının bütün yayın hakları Gaye Vakfına ait olup, 3000 adeti kapsayan birinci baskısının yayın hakkı Gümüşev yayıncılığa devr edilmiştir."
Gaye Vakfı'nın yazılı izni olmadan çoğaltılamaz.

Baskı-Cilt

Ege Basım

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No:8 Göztepe / İstanbul
www.egebasim.com.tr / ege@egebasim.net ~ Tel: +90 216 472 84 01 ~ Fax: +90 216 472 84 05

İSTEME ADRESİ

GÜMÜŞEV YAYINCILIK

Merdivenköy Mah. Özlem Sk. Kansu Apt. No: 8/A Kadıköy/İstanbul

Telefon: +90 216 467 03 85 ~ Fax: +90 216 467 23 27

www.mebcut.com



İÇİNDEKİLER

TAKSİM	1
Kismet'in câiz olmasının delilleri.....	1
Mahkeme yolu ile paylaştırmada ortakların istekte bulunması koşulu.....	1
Paylaştırmının türleri	1
Hayberin fethi ve ganimetlerin taksimi	2
Bir gruba lider olmak	3
Gaminet malında süvari ve piyadelerin payları	3
Paylaştırmada kur'a usulüne başvurmak	4
Yargıcın devlet hazinesinden ücret alması	4
Ganimetleri koruyan ve malları paylaştıran kişilerin ücret alması.....	4
Definenin hükmü	5
Nesebi belirleme konusunda kur'aya başvurmak	5
Ortaklardan biri veya bir bölümünün yargıçtan paylaşırma istemesi	6
Paylaştıran kişinin ücreti.....	7
Ortak ürün paylaşılması	8
Paylaştırmaya devlet hazinesinden ücret tahsis edilmesi	8
Paylaştırmada kur'a çekmenin dayanağı ve niteliği	9
Günlerin Taksimi	9
Kur'a çekme	9
Kur'an'da geçen kur'a örnekleri.....	10
Mirasçılar arasında küçük veya kayıp kimselerin bulunması durumunda taksim	15
Mirasçılar arasındaki küçük için yargıcın vasiyet görevlisi ataması	16
Satın alınan bir akarın, biri mahkemede hâzir olmayan ortaklar arasında taksim edilmesi	16
Miras ve vasiyet olarak geçen bir konağın taksimi.....	17
Konak içindeki bir odanın paylaşılması	17

Mülkün bir kısmını paylaşıp, bir kısmında ortaklığı devam ettirmek	18
Paylaştırma ile ilgili belge düzenlenmesi	19
Taksim ve irtifak hakkı	19
Apartman paylaşımı	21
Kismet-i cem' ve kismet-i tefrik	23
Evler ve paylaştırılma şekilleri	24
Taşınmaz malların paylaşımında para unsurunun devreye girmesi	25
Taşınmaz mülkün paylaşımında ortak yol bırakılması	26
Kişinin kendi mülkünde tasarruf etme serbestisi ve bunun sınırlandırılması	28
Ortak taşınmazın paylaşımında şuf'a hakkı	29
Ortak yolun paylaştırılması	29
Farklı cinslerden olan mallarda, hukuken geçerli olan paylaştırma örnekleri	29
Paylaşım sonrasında paydaşların kendi paylarında kapı açmaları	30
Geçiş ve sulama hakları arasındaki fark	31
Yola açılan gölgeliğin satım ve paylaştırma sözleşmelerindeki durumu	32
Geçersiz paylaştırma örnekleri	32

ORTAKLARDAN BİRİNİN PAYINA KARŞILIK PARA ALMASI KOŞULUYLA

TAŞINMAZLARI PAYLAŞMALARI.....33

Paylaştırma sözleşmesinde bedel olmaya elverişli şeyler	34
Paylaşım sözleşmesinde bedelin teslim yeri	35
Bedel olarak geçerli olan ve olmayan şeylerle paylaştırma örnekleri	35

PARA KARŞILIĞI OLMAKSIZIN BAZILARINI BAZILARINA ÜSTÜN TUTARAK

EVLERİ PAYLAŞMAK 36

Taşınmazın paylaşımında, miktar değil, değer ölçü alınması	36
Paylaştırılan taşınmaza yol bırakmak	36
Paylaştırma sırasında tarafların paylarını bilmeleri	37
Paylaştırma tamamlanmadan taraflardan birinin taksimden dönmesi	38
Arazinin paylaştırılması	38
Arazilerde bulunan şeylerin taksime girmesi	38
İrtifak hakları bulunmamak üzere paylaştırma yapılması	39
Ağaç satın alanın ağacı, toprağıyla satın almış olup olmayacağı	39
Ağaç satın alanın kesip yenisini dikip dikemeyeceği	40
Nehrin kenarındaki setten nehir sahibinin geçmesi	41
Nehrin harîmi	41
Ortak köy ve arazinin paylaşımı	43
Üzerinde borç bulunan terekenin paylaştırılması	44
Borcun terikeden az olması durumunda kalan terikenin taksimi	45
Tereke paylaştırıldıktan sonra, bir alacaklının ortaya çıkması	45
Mirasçılardan birinin terikede borç ikrar edip diğerlerinin inkar etmesi	46
Terekenin paylaştırılmasından sonra vasiyet alacaklısının çıkması	46
Mirasçılardan bir kısmının hazır olmaması durumunda mirasın taksimi	47
Mirası hakemin taksim etmesi	48

HAYVANLARIN VE TİCÂRET MALLARININ PAYLAŞTIRILMASI 49

Bazı ortakların isteği ile koyun sürüsünün taksimi	49
Ortak kölelerin paylaşılması	49
Farklı cinsten olan malların paylaşılması	50
Farklı cinslerdeki miras mallarının taksimi	51
Taksimde kur'a çekilmesi	51
Farklı cinslerden oluşan hayvan sürülerinin paylaşılması	51
Ortak kumaşın paylaşılması	52

TAKSİMDE MUHAYYERLİK (PAYLAŞTIRMA KONUSUNDA SEÇİM HAKKINA SAHİP OLMA).....53

Taksimde görme muhayyerliği	53
Taşınmazların dış kısmını görmenin içini görmek gibi olması	54
Paylaştırmada koşul muhayyerliği	54
Taksimde muhayyerliğin kullanılıp kullanılmadığı konusunda anlaşmazlık	54
Muhayyerlik hakkını düşüren şeyler.....	54
Baba ve vasînin küçük çocuk adına paylaşırma yapması.....	55
Paylaşırma yapma yetkisi bulunmayan kimseler	56
Yargıcın atadığı vasî ve onun yetimin malları üzerindeki yetkisi	56
Yargıcın vasîsi ile babanın vasîsi arasındaki farklar	57
Kusur (ayıp) muhayyerliği.....	57
Kusur muhayyerliğini düşüren ve düşürmeyen durumlar	57
Kişinin kendisine düşen malı sattıktan sonra, malın bir kusur nedeniyle geri verilmesi	58

PAYLAŞILAN MALDA HAK İDDİA EDİLMESİ (TAKSİMDE İSTİHKAK) 59

Istihkaka dair örnek, 1	59
Istihkaka dair örnek, 2	61
Istihkaka dair örnek, 3	62
Istihkaka dair örnek, 4	63
Istihkaka dair örnek, 5	64
Istihkaka dair örnek, 6	65
Istihkaka dair örnek, 7	66

PAYLAŞTIRILAMAYAN ŞEYLER 70

Taksimin amacı.....	70
Taksim ortakların zararına olduğu halde tarafların taksime razı olması	70
Başkasının arazisinde onun izni ile yapılan ortak binanın paylaşılması.....	70
Ortak yolun paylaşılması	71
Ortak olan su tahliye kanalının taksimi	71
Ortak dükkanın taksimi	72
Tarladaki ekinin hasat edilmeden taksimi	72
Yargıcın bölünmesi mümkün olmayan ortak mal satması	74

İÇİNDE BAŞKASINA AİT YOL BULUNAN KONAĞIN TAKSİM EDİLMESİ 75

Yol genişliği	75
Mülkiyeti iki kişiye ait olan yolda üçüncü bir kişinin geçiş hakkının olması durumunda yolun taksimi	76
Yol sahiplerinin yol konusunda anlaşmazlığa düşmeleri	78
Aksine bir delil bulunmadıkça görünen durumun esas alınacağı	79

BORCU VEYA VASİYETİ BULUNAN BİR ÖLÜNÜN EVİNİN PAYLAŞTIRILMASI.....80

Ölenin borcu ödenmeden yapılan taksim	80
Vasiyet ödenmeden terekenin taksimi	80
Küçük olan mirasçının büyüdüğünde önceki taksimi bozabilmesi	81
Mehir borcu nedeniyle terekenin taksiminin bozulması	81
Alacaklının terekenin taksimini onaylaması	81
Taksimden sonra mirasçılardan birisinin başka bir mirasçı daha olduğunu iddia etmesi	82
Mirasçının vasiyet iddiasında bulunması	85
Ölenin karısının, taksimden sonra terekenin mehir olduğunu iddia etmesi	85
Meyveli ağacın taksiminde meyvelerin durumu	85
Mirasçılardan birisinin, ölenin borcunu ödemesi koşuluyla yapılan taksim	86

PAYLAŞTIRMADA YANLIŞLIK İDDİASI 86

Taksimden sonra yanlışlık olduğunu iddia edenin, delil getirmesi	87
Taksimde ileri sürülebilecek yanlışlık iddiaları	89
Ortakların, tarlalarının sınırında anlaşamamaları	90

VASİNİN, MÜSÂ LEHLER VE MİRASÇILAR ADINA MALİ PAYLAŞTIRMASI...93

İçerisinde alacak bulunan mirasın taksimi	93
Vasînin mirası, küçük çocuklar arasında taksim etmesi	93
Zimmî olan vasînin Müslüman adına yapacağı paylaşırma	94
Vasînin köle olması ve paylaşırma yapması	95
Emân (vizeli pasaport) ile İslam ülkesine giren gayri Müslimin (müste'men) taksimi	95
Mürtedin taksimi	95
Kendisi adına paylaşırma yapılan ve yapılamayan kişiler	95
Zimmîler açısından taksim	96
Mütekavvim mal	96
Müslüman vasînin zimmîye ait şarabı taksimi	96
Müslümana borçlu olarak ölen zimmînin terekisinde şarap bulunması	97
Mükâtebin taksimi	97
Efendinin mükâtepe adına taksimi	97
Ticâret yapmasına izin verilen kölenin taksimi	99

KİRA VE HİZMET SÖZLEŞMESİ 100

Kiranın tanımı	100
Kiranın meşrûluğu	100

Akitlerin meşru oluğunda ihtiyacın rolü	102
Kira çeşitleri	102
Kirada akit konusunun belli edilmesi	102
Kirada ücretin belli edilmesi	102
Başkasının pazarlığı üzerine pazarlık yapmak	103
Açık artırma	103
Taşımacılıkta mesafenin belirtilmesinin, sürenin belirtilmesi yerine geçmesi	105
Hac yolunda ticaret yapmanın hükmü	106
Müzâraanın hükmü	108
Alt kira	108
Alt kirada kira bedelinin fazla olması	108
Ecîr-i müşterekin elinde telef olan malın ödemesi	109
Kira sözleşmesinin bağlayıcılığı	109
Ecîr-i has, Ecîr-i müsterek	110
İşçinin telef ettiği malı ödeme yükümlülüğü	111
Telef edilen misli (standart) malların ödemesi	113
İşi yaptırıp ücretini vermeyenle ilgili tehdit	114
Erkek hayvanın aşımı karşılığında ücret almak	115
Değirmencinin ücretini, öğüttüğü undan alması	116
Hacamat ücreti	116
Yenilmesi haram olan bir şeyi başkasına yedirmek	117
İnsanlar arasında değersiz sayılan işlerle uğraşmak	117

SANATKÂRA MAL SİPARİŞİ VERMEK (İSTİSNÂ' AKDİ) 118

Satış çeşitleri	118
Istisnâ'ın anlamı	119
Istisnâ'ın caiz olduğu yerler	120
Dokumacının, kumaşı ip sahibinin isteginden ince veya kalın dokuması	122
Kumaş dokumada istisnâ'	123
Değirmencinin Ölçeği	125
Sanatkârın, sipariş edilen şeyi yaptıktan sonra, başka birine satması	127
Sanatkârın ücretini almak için malı teslim etmemesi	129
Kira akdinde sürenin koşul olarak değil de vaat olarak belirtilmesi	129
Boyacının kumaşı, sahibinin istediği boyadan başka bir boya ile boyaması	130
İş verenle sanatkârın yapılan şeyin niteliğinde ayrılığa düşmeleri	131
Istisnâ' akdinde görme muhayyerliği	131
Istisnâ'da yapılan malın kalitesi konusunda anlaşmazlık	132
Istisnâ'da iş verenle sanatkârın ücrette anlaşmazlığı	132
Terzinin kumaşı kumaş sahibinin istediğinden farklı dikmesi	136
Kumaş boyacısının kumaşta, sahibinin koşul koyduğundan fazla boya kullanması	137
Sanatkârın aldığı işi belirtilen zamandan sonra yapması	141
Ayakkabı sipariş edip, tasma dikmeyi koşul koymak	143
Örf durumunda olmayan konularda bazı malzemelerin işçi tarafından kullanılmasını koşul koymak	144

İŞÇİNİN HAK VE SORUMLULUKLARI 145

İşçinin, elinde telef olan şeyi ödemesi	145
Ecîr-i müşterek Ecîr-i Hâs	145
Çırağın elinde telef olan malın hükmü	148
Taşıyıcının taşıma sırasında telef ettiği malı ödemesi	151
Taşıyıcının ücreti hak etme zamanı	152
Kira ve iş akdinde ücretin ödenme şekli	152
Kiralayanın kira bedelini hak etme çeşitleri	152
Kira bedelinin veya ücretin peşin verilmesini koşul koymak	155
Kiracının kirayı koşul konulmaksızın peşin ödemesi	156
Bir yere gidip gelmek için kiralanan hayvanın ücreti	157
Kira sözleşmesinde ücretten ibrâ etme	157
Kiracının kira bedeline karşılık kiralayana mal satması	158
Kira bedeline karşılık farklı para satılması	159
Kira bedelinin ödenmesinde vâde verilmesi	160
Kira bedelinin taşınması masraf gerektiriyorsa, teslim yerinin tesbiti	160

KOMİSYONCU 162

Komisyuncunun tanımı ve cevazı	162
Tacirlerin bol sadaka vermesi	162
Câiz olup olmayan komisyonculuk çeşitleri	163
Fasit olan komisyonculuk sözleşmesinde ücret	163

KİRA BEDELİNE VEYA İŞÇİ ÜCRETİNE KEFİL OLMAK..... 164

Ücrete kefil olmak	164
Ücret için rehin almak	165
Kefilin yükümlülüğünün, asıl borçlunun yükümlülüğü olması	165
Kefilin asıl üzerindeki yetkileri	165
Kiracı ile kiraya verenin ücret konusundaki anlaşmazlığında kefilin yükümlülüğü	165
Ayn olan kira bedeline kefillik	166
Kiraya tutulan yük hayvanına kefillik	166
Kiralanan ev veya araziye kefil olmak	167
Kefillik geçersiz olduğunda kira akdinin durumu	167
Herkes için iş yapan sanatkara kefil olmak	167

SÜT ANNE KİRALANMASI 168

Süt anne tutmanın hükmü	168
Süt annenin nafakası	169
Süt annenin, çocuğu ailesinin yanında emzirmesini koşul koymak	171
Kadının çocuk emzirmek için kocasından izin alması	171
Süt annenin çocuğa ve çocuğun mallarına karşı sorumluluğu	172
Süt annenin emzirme dışında görevi olan ve olmayan şeyler	172
İşçinin yapmak zorunda olup olmadığı işlerde örfün rolü	172
Süt emzirme akdinin süre dolmadan önce bozulması	173

Süt annenin ahlaksız veya kafir olması	173
Süt annenin hastalanması	174
Süt anneyi bir yakınının ziyaret etmesi	174
İki çocuğu emzirmek üzere bir süt anne tutmak	178
Bir çocuğu emzirmek üzere iki süt anne tutmak	178
İnsan sütünün satışı	178
Yetişkin birisinin kadın sütünü içmesi	180
Süt annenin, kendisini tutanlardan habersiz başka bir çocuğu emzirmesi	180
Süt annenin sütünün çekilip, çocuğu başka bir kadının emzirmesi	181
Annenin çocuğunu emzirme sorumluluğu	182
Ric'î Boşama	183
Bir kadının kumasının çocuğunu emzirme karşılığında ücret alması	184
Bir kimsenin, yakın akrabası bir kadını süt anne olarak tutması	184
Süt annenin çocuğu başka gıdalarla beslemesi	184
Ana babası olmayan çocuk için süt annesi tutmak	184

EV VE ODALARIN KİRALANMASI 185

Ev kiraya tutan kişinin evde yapıp yapamayacağı şeyler	185
Alt kirada fazla ücret	186
Aylık tutulan ev için kira akdinin sona erdiği zaman	187
Aylık kira akdinin başlama vakti	188
Kirada süre sınırlaması	189
Yıllık olarak yapılan kiranın başlama ve bitiş zamanı	190
Bir iş yapmak için kiralanan dükkanda, başka bir iş yapmak	191
Gayr-i Müslim kiracının, evde ibadethane açması	191
İslam ülkesinde yeni kilise yapmak	191
Gayr-i Müslimlerin Müslüman şehirlerinde, İslam'ın günah saydığı şeyleri yapmaları	192
Kiracının evde günah olan şeyler yapması durumunda ev sahibinin akde son vermesi	193
Kiralanan evde meydana gelen bir zararın icâre akdine etkisi	194
Kiralık evin yıkılmasıyla akdin kendiliğinden bozulması	194
Yapılan kira akdinden sonra kiralananın kiracıya tesliminin gecikmesi	195
Kiralanan evin bir bölümünün ev sahibi tarafından kullanılması	196
Kiralanan evin, kiracıdan gaspedilmesi	196
Kira akdinde bedel olmaya elverişli olan mallar	196
Kiralanan malın başka birisine ait olduğu anlaşılırsa kira bedelini alacak kişi	197
Kira bedeli olarak başka bir yararın koşul konulması	199
Kira bedelinin tekrar kiracıya satılması	201
Kiracının kiralananı, verdiğiinden daha fazla ücretle başkasına kiralaması	202
Kira bedeli olan malın kusurlu olması	202
Kiracının, evi boşaltırken temizlemesi	203
Dükkanadaki malzemelerin sahibi konusunda anlaşmazlık	204
Ev sahibinin, kira bedeli karşılığında kiracıya evde bir şey yaptırması	205
Ev sahibinin görevi olan onarım	206
Bir malın belirtilmeyen bir bölümünü kiralamak	206

İki ortaktan birisinin, kendi payını kiraya vermesi	207
Ortaklardan birisinin, kendi payını diğer ortağa kiraya vermesi	208
Aynı malı kiralayan iki kiracıdan birinin ölmesi	209
Oturmak için kiralanan evde iş yapmak	210
Kiraya verenle kiracı arasında çıkan anlaşmazlıklar	211
Evin, ev sahibine ve kiracıya ait masrafları	212
Kirada koşul muhayyerliği	214
Vasînin yetimin malını kiraya vermesi	215
Vekilin kiraya vermesi	216
Kira akdinde görme muhayyerliği	216
İki kiracıdan birisinin tek başına yapabileceği tasarruflar	217
Kira akdinde taraflardan birisinin ölmesi	218
Kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle kira akdinin bozulması	220
Kiracının, hakkı olan bir fiili yaptığında doğan zararı ödeme	220
Kiracının kira süresi dolmadan kiralananı terketmesi	221
Kira akdinde vekillik	221
Vekilin yaptığı kira akdinin geçersiz olması	222
Kiraya vermeye vekil olan kişinin âriyet vermesi veya hibe etmesi	222

HAMAMLARIN KİRALANMASI 223

Hamam edinmenin hükmü	223
Hamam kiralamak ve karşılığında ücret almak	223
Hamam kirasında, hamam sahibinin ve kiracının görevleri	224
Kiracıya görevi olan şeyleri koşul koymak	226
Kiralanan iki hamamdan birisinin, teslimden önce yıkılması	226
Hamam sahibinin müşterilere karşı sorumlulukları	227
Hamam ücretinin hükmü	228

ÜCRETLE ÇOBAN TUTMAK 229

Hayvanları otlatmak için çoban tutmak	229
Çobanın önünde telef olan hayvanın ödenmesi	229
Ortak işçinin, elinde telef olan malı ödemesi	229
Dinin hükmüne aykırı olan bir şeyi çoban için koşul koymak	230
Çobanın sürüyü bir yakınıyla götürmesi	230
Bir kişiye ait özel çobanın başkasının koyunlarını da götürmesi	231
İşçinin bazı günler iş yapmaması	231
Çobanlık ücreti olarak koyunların süt veya yününi koşul koymak	231
Çobanın önündeki koyunların zekâtını almak	232
Sürü sahibi ile çobanın, koyunların sayısında anlaşamamaları	232
Çobanın koyunlardan yararlanması	232

EŞYANIN KİRALANMASI 235

Giymek için elbise kiralamak	235
Giyecek kişi belirtilmeden elbise kiralamak	236
Kiralanan eşyayı kullanmayıp bir yerde tutmak	237
Kiralanan eşyayı normal olmayan şekilde kullanmak	237

Gündüz giymek üzere kiralanan elbisenin gece giyilmesi	238
Kiralanan eşyanın yitirilip sonra tekrar bulunması	239
Kiralanan elbiseyi, kiralayandan başkasının giymesi	239
Kiracının, elbiseyi bir başkasına kiralaması	239
Kiracının izni olmaksızın elbiseyi başkasının giymesi	240
Kiralanan eşyanın koşul konulan yerin dışında kullanılması	240
Eşyayı ödünç alma	241
Kiralanması geçerli olan eşya	241
Kiralanan mala kefillik	241
Kira ücretine kefillik	242
Altın veya gümüş karşılığında altından süs eşyası kiralamak	242

HAYVANLARIN KİRALANMASI..... 243

Binek hayvanı kiralamanın hükmü	243
Kiralanan hayvana başkasıyla beraber binmek	243
Gidilecek mesafenin kirada belirtilmesi	244
Alt kira ücretinin birinci kiradan fazla olması	249
Kira bedeli yem olmak üzere hayvan kiralamak	251
Kiracı, kiralananı almışsa, kullanmasa bile kira ödemesi	252
Kiralamanın kiraladığı maldan kendisinin de yararlanması	255
Kira akdinde muhayyerliği koşul koymak	256
Kirada öngörülen koşullara uymama	256
Kiralanan malın kusurlu çıkması	256
Bir işte çalıştırmak üzere köle kiralamak	259
Bir malı, miktar belirlemeden kiralamak	260
Kiralamada ücretin, kira akdi yerine göre olması	260
Gidilecek yeri tam olarak değil bölge olarak belirterek binit kiralamak	260
Bir günlüğüne yapılan kiranın başlangıç ve bitiş zamanı	261
Günün tanımı	261
Gündüzün tanımı	262
Gidilecek yeri belirtmeden hayvan kiralamak	262





TAKSİM

(MALLARIN BÖLÜŞTÜRÜLMESİ)

Yüce ve zâhid imam, Şemsü'l-eimme, Fahu'l-İslâm Ebû Bekr Muhammed b. Ebû Sehl es-Serahsî yazdırarak şunları söyledi:

Kısmet/taksim; ortaklardan bir bölümünün isteği üzerine, paylaşımaya elverişli bir malda yapılması gerekli olan (bağlayıcı) haklardandır.

Paylaştırmının câiz olduğu kitap ve sünnetle sabittir.

Kitaptan delili Allahu Teâlâ'nın şu sözüdür:

﴿وَنَبِّهِمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾

“Onlara suyun aralarında paylaştırıldığını haber ver”. (el-Kamer 54/28)

Sünnetteki delil ise Resûlullah (s.a.v.)'in ganimeti sahabiler arasında bölüştürdüğü, mirasları ve bunun dışındaki şeyleri paylaştırdığı yaygın bir bilgidir.

İnsanlar Peygamber (s.a.v.) devrinden günümüze kadar bu işlemi uygulamaktadırlar.

Ortak mülkiyetin paylaştırılması ancak ortaklardan bir bölümünün bunu istemesinden sonra gerekli olur. Çünkü ortaklardan her biri, malın paylaştırılmasından önce diğer ortağın payından yararlanmaktadır. Malın paylaştırılmasını yargıçtan isteyen kişi kendi payındaki yararlanma hakkının sadece kendisine verilmesini, başkasının kendi mülkünden yararlanmasına engel olunmasını istemektedir. Yargıcın bu isteğe karşılık vermesi gereklidir.

Paylaştırma iki şey içermektedir;

1- Yarar konusunda karşılıklı adaleti sağlama,

2- Bir ortağın payını diğerinden ayırma

Paylaştırmının iki türü vardır:

Birincisi; Ortak malın kendisini paylaştırma (malı sadece paylaştırma). Bu, ölçülebilen ve tartılabilen şeylerde söz konusudur. Bu tür paylaştırmayı ortaklardan biri diğeri olmadan yapma yetkisine sahiptir. Aynı cinsten ortak mal ölçülebilen ve tartılabilen mallardan ise ortaklardan birinin olmadığı durumda diğer ortak bu maldan kendi payını alabilir. Bölüşütken sonra her iki ortağın payı, paylaştırmadan önceki mülkünün aynısıdır. Bu nedenledir ki paylaşma sonrasında ortaklar kendi payını, alış fiyatının yarısı üzerinden murabaha yolu ile (üzerine kâr koyarak) satabilir.

[15/2]

Kısmet'in
câiz
olmasının
delilleri

Mahkeme yolu
ile
paylaştırmada
ortakların
istekte
bulunması
koşulu

Paylaştırmının
türleri

İkincisi; Kendisinde mübâdele (değiştirme) anlamı bulunan paylaşırma. Bu tür paylaşırma kumaş ve hayvanlar gibi birbirinden farklılık gösteren şeylerde söz konusu olur. Bu tür mallar ancak aynı cinsten olduğunda ve yararları birbirine yakın olduğunda paylaşılır. Bundan dolayı ortaklardan biri veya bir kısmının istemesi durumunda hâkim malın paylaşılmasına zorlar. Bu tür paylaştırmada karşılıklı değiştirme (mübâdele) anlamı bulunmaktadır. Şöyle ki; Paylaşırma sonrasında ortakların eline geçen miktarın yarısı daha önceden de kendi payı idi. Öbür yarısı ise diğer ortağın bu kişiden aldığı payın bedelidir. Bu paylaştırmada değiştirme anlamı bulunduğu için ortaklar tek başına taksim yapamazlar. Yine ortaklar paylarını murâbaha yolu ile satamazlar.

Muhammed (rh.a.) "el-Asl" adlı kitapta paylaşırma ile ilgili bölüme şu hadislerle başlamıştır;

Yesir b. Yesâr'ın rivayet ettiğine göre Resûlullah (s.a.v.) Hayber arazisini otuz altı paya bölmüştür. Bunlardan on sekizi Müslümanlarındı. Peygamber'in kendi payı da bu bölüme dahil idi. Diğer on sekiz pay ise Resûlullah (s.a.v.)'ın eşlerinin rızkı ve çıkabilecek önemli ihtiyaçlar için ayrılmıştır.

[15/3]

Hayberin fethi ve ganimetlerin taksimi

Hayber, altı kaleden oluşmaktaydı. Bu kaleler; Sikk, Natat, Ketîbe, Sülâlim, Kamûs ve Vatiha kaleleri idi. Yahudilere ait mallar ve tarlalar bu kalelerin üçünde; yani Sikk, Natat ve Ketîbe kalelerinde idi. Bu kalelerden bir kısmı savaş yolu ile diğer bir kısmı da sulh yolu ile fethedilmişti. Rivayet edildiğine göre Kinâne b. Ebû'l-Hakîk ve kavmi, kalelerinden inmeleri koşulu ile sulh yaptılar. Bu olay Megâzi ilminde bilinmektedir. Bu kalelerden fethedilenler yalnızca Resûlullah (s.a.v.)'a aitti. Çünkü o kalelerde bulunanlar, kalplerine korku düştüğü için kalelerinden inmişlerdir. Allahu Teâlâ, düşmanlarının kalbine korku salarak zafer kazanma özelliğini Resûlullah (s.a.v.)'a ait kılmıştır. Nitekim Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

نَصَرْتُ بِالزُّعْبِ مَسِيرَةَ شَهْرٍ

"Bir aylık mesafeden düşmanlarımın kalbine korku salınmakla bana yardım edildi."¹

Allahu Teâlâ da şu sözüyle buna işaret etmiştir:

﴿وَمَا آفَا- اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ ۖ﴾

"Allah'ın,onların mallarından Peygamberine verdiği ganimetler için siz at ve deve koşturmuş değilsiniz. Fakat Allah, peygamberlerini dilediği kimselere karşı üstün kılar." (el-Haşr 59/6)

¹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/301; Buhârî, *Mesâcid* 23; Müslim, *Mesâcid* 3; Nesâî, *Gusl* 26.

İşte bu nedenle Resûlullah (s.a.v.) bu pay ile ganimetin beşte birini bir yarımda topladı. Diğer yarımı da ganimeti hak eden kişilere dağıttı.

Belirtildiğine göre bunu Muhammed b. İshak ve Kelbî şu şekilde açıklamışlardır;

Peygamber (s.a.v.) Hayber'i toplam on sekiz paya böldü. Hayber gazasına katılan mücahitlerden piyadelerin sayısı bin dört yüz, atların sayısı da iki yüz idi. Her yüz kişinin başında bir komutan bulunmaktaydı. Ali, Abîd es-Sehâ, Âsım b. Adiy (r.a.) yüz kişilik grupların başında idiler. Sikk 13, Natat da 5 paya bölünmüştü. Ketibe ise humus (beşte bir, beytül-mal hakkı), Peygamber (s.a.v.)'in eşlerinin yiyecekleri ve atıyeleri için ayrılmıştı. Sikk'in payından ilk çıkan Âsım'ın payı idi. Resûlullah (s.a.v.)'in payı da bunun içinde bulunmaktaydı.

Bu hadis daha önce andığımız hadisin anlamını açıklamaktadır. Çünkü ilk hadiste, malların iki bölüme ayrıldığı ve asıl paylaşırmanın 36 paya bölünme şeklinde yapıldığı belirtilmektedir. Bu hadis ise ganimete hak kazananların elde ettikleri payın miktarını belirtmektedir. Bu da 18 paydır.

Bu hadis göstermektedir ki devlet başkanı ganimetleri iki kez bölüştürebilir. İlkinde komutanlar ve sancakları taşıyanlar arasında bölüştürülür. Sonra da bunlar her bir sancağın altında bulunanlar arasında paylaşılır. Böyle yapıldığında adaleti gerçekleştirmek daha kolay olduğu için paylaşırma bu şekilde yapılır. Çünkü ganimet ilk olarak kişi başına paylaştırılırsa adaleti sağlamak imkansız duruma gelebilir.

Resûlullah (s.a.v.) bu paylaştırmada kendi adına ayrı bir pay belirlemedi, kendi payını Âsım b. Adiy'in payı içinde saymıştır. Denildiğine göre böyle yapmakla o alçakgönüllülükte bulunmuştur. Bir başka görüşe göre ise kur'a çekilmesi sırasında onun ismine denk bir isim bulunmadığı için kendi adını kur'a çekilirken ayrıca belirtmemiştir. Bu nedenle kur'ada ilk çıkan Âsım b. Adiy'in payı olmuştur. Çünkü Resûlullah (s.a.v.)'in payı da onun payı içinde idi.

Hadisi bu şekilde yorumlamak, bazı âlimlerimizin dediği "Bir grubun lideri olmak (onların işlerini yapmak) genel anlamda kötülenmiş bir iştir. Bu nedenle bundan uzak durulur." görüşünden daha iyidir. Çünkü cihat ve ganimetlerin taksimi gibi durumlarda bir gruba lider olmak kötülenmiş işlerden değildir. Görmez misin Resûlullah (s.a.v.) bu iş için Ali, Talha, Zübeyr, Abdurrahman b. Avf (r.a.) gibi sahâbenin büyüklerini seçmiştir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) bu hadisin açık anlamını delil göstererek atın payının insanların payının iki katı olduğunu söylemişlerdir. Çünkü hadiste insanların sayısı bin dört yüz, atların sayısı iki yüz olarak yer almıştır. Buna göre savaşa katılan her yüz kişiye bir pay, her yüz ata da iki pay düşmektedir. Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Hadiste الرُّحْلُ ile kastedilen piyadelerdir. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

Bir gruba lider olmak

[15/4]

Ganimet malında süvari ve piyadelerin payları

﴿يَا ثَوْنَكَ رَحَالًا وَ عَلِيَّ كُلِّ ضَامِرٍ﴾

"Gerek yaya olarak, gerekse develer üzerinde..." (el-Hacc 22/27)

Yine bu hadiste yer alan الْخَيْل kelimesi ile kastedilen de süvaridir. Bu anlamda عَارَتِ الْخَيْلُ "At, bağından kurtularak sağa sola koştu." denilir.

Nitekim Allahu Teâla şöyle buyurmuştur:

﴿وَأَجْلِبْ عَلَيْهِم بِخَيْلِكَ وَ رَجَبِكَ﴾

"Süvarilerinle, yayalarınla onları yaygaraya boğ." (el-İsrâ 16/64). Bundan anlaşılmaktadır ki Hayber'in fethinde bin altı yüz kişi bulunmaktaydı. Resûlullah (s.a.v.) süvariye iki, piyadeye bir pay vermiştir.

Paylaştırmada
kur'a usulüne
başvurmak

Bu hadiste malların paylaşılmasında kur'aya başvurmada bir sakınca bulunmadığına dair delil vardır. Çünkü Resûlullah (s.a.v.) kumarı yasakladığı halde ganimetlerin paylaşılmasında kur'aya başvurmuştur. Bu da göstermektedir ki kur'a kumar değildir.

Yargıcın
devlet
hazinesi
den ücret
alması

Mesrûk (rh.a.)'tan rivayet edildiğine göre kendisi yargıçlık karşılığında bir maaş almamıştır. Bu göstermektedir ki yargıçlık vazifesini üstlenen kişinin durumu yerinde ise onun bu görevi Allah rızası için yaparak geçimini sağlayacak parayı Beytül-mal'den (Devlet hazinesi) almaması daha iyidir. Bununla birlikte alırsa, bu caiz olur. Ömer (r.a.)'den rivayet edilen haber bunu açıklamaktadır. Rivayette yer aldığına göre o şöyle demiştir: "Müslümanların davalarına bakan yargıcın, ganimetleri ile ilgilenen kişinin ve mallarını taksim eden kişinin, bir ücret alması hoşuma gitmez." Ömer (r.a.), bu sözünde ücretin kendisini kastetmemiştir. Çünkü bilindiği gibi yargıcın hükmü karşılığında ücret alması caiz değildir. Bu yüzden koşul koysa bile verdiği hüküm nedeniyle ücreti hak etmez. Ömer'in burada kastettiği yargıcın hazineден aldığı, geçimini sağlayacak kadar olan maaştır. Bu maaşa ihtiyacı yoksa müstehap olan bunu almamasıdır. Nitekim Allahu Teâlâ yetimin malını yöneten zengin velî hakkında;

﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَغْنِ﴾

"Zengin olan iffetli olmaya çalışsın." (en-Nisâ 4/6) buyurmuştur. Biz bu hususla ilgili olarak "Yargıcın İzlemesi Gereken Yol" (Edebü'l-Kâdî) konusunda yazdığımız bölümde açıklama yapmış bulunuyoruz.

Ganimetleri
koruyan ve
malları
paylaştıran
kişilerin
ücret alması

Ganimetleri koruma konusunda görevlendirilen kişi ile, malları paylaşırma konusunda görevlendirilen kişi bir bakıma yargıç gibidir. Çünkü bu kimseler de bütün Müslümanlar adına çalışmaktadırlar. Ancak bu kişiler hüküm bakımından yargıç konumunda değildir. Bu nedenle kendilerinin ganimet ve paylaştırılan malda bir payı bulunmasa bile bu işlerde ücret karşılığında çalıştırılmaları caizdir. Bu durumda hadis (Ömer'in sözü) şu şekilde yorumlanır: "Söz konusu kimselerin ilgili

mallarda kendi payları var ise onların bundan ücret almaları doğru olmaz.". Nitekim yargıcın hüküm vermek üzere ücretle tutulması caiz olmadığı gibi, ortaklara ait malda çalıştırmak üzere ortaklardan birinin ücret karşılığında çalıştırılması da caiz değildir.

Yahya b. Cezzâr'dan rivayet edildiğine göre Abdullah b. Yahya, Ali (r.a.) adına evleri ve arazileri taksim eder ve buna karşılık ücret alırdı.

Biz bu hadisten çıkan sonuçları ve yargıcılık karşılığında değil de, paylaşırma için ücret almanın caiz olduğunu "Yargıcın İzlemesi Gereken Yol" (EdEbû'l-Kâdî) konusunda açıkladık.

Âmir (rh.a.)'in rivayet ettiğine göre "Resûlullah (s.a.v.) Ali'yi Yemen'e gönderdi. Burada kendisine bir hazine getirildi. O, bunun beşte birini alarak beşte dördünü hazineyi bulana bıraktı."

**Definenin
hükümü**

Yine Ali (r.a.) Yemen'de iken üç kişi kendisine gelerek her birisi aynı çocuğun kendisinin oğlu olduğunu iddia etti. Bunun üzerine Ali (r.a.) aralarında kur'a çekerek çocuğun kur'adan çıkan kişiye ait olmasına, bu kişinin diğer iki kişiye çocuğun diyetini ödemesine karar verdi."

**Nesebi
belirleme
konusunda
kur'a'ya
başvurmak**

Hadisi rivayet eden kişi şöyle demiştir: "Ben, Âmir (rh.a.)'e "Bu diyetin içinden çocuğu alan kişinin kendi payı düşüldü mü?" diye sordum. Âmir "bunu bilmiyorum" diye cevap verdi." demiştir.

Hazinenin beşte biri ile ilgili hükmü "Zekât Bahsi"nde ele almıştık. Kur'a meselesine gelince; Şafii (rh.a.) Mısır'da nesep davasında, delil kesin olmadığında kur'a'ya başvurma konusunda bu hadisin açık anlamını delil olarak göstermektedir.

[15/5]

Biz Hanefiler ise bu hadisi esas almamaktayız. Çünkü Ali (r.a.)'nin bu fiili, kumarın haram kılınmasından önce mi sonra mı olduğu, bu fiilin Resûlullah (s.a.v.)'a arzedilip onun buna razı olup olmadığı bilinmemektedir.

Sonra Ali'nin çocuğun o kimseye ait olduğuna hükmetmesi, o kişinin getirdiği bir delil nedeniyle de olmuş olabilir. Diğer kişilerin gönüllerini hoş tutmak için kur'a'ya başvurmuştur. Lehine hükmetme konusunda Ali (r.a.)'nin o kişiyi tercih etmesi yalnızca zilyetlik vb. gibi başka bir delil ile diğerlerinden üstün olması nedeniyle. Öte yandan hadisi rivayet eden kişinin "Bunun üzerine kur'ada çıkan kişi lehine hükmetti." sözü, çocuğun nesebini hak edenin kur'a ile olduğunu belirtmek için değil, lehine hükmedilen kişinin kim olduğunu belirtmek için söylenmiştir. Nitekim "Yargıç, şal giyen kişi lehine hüküm verdi." denilir.

Hadisin sonunda yer alan "Ali (r.a.), bu adamın diğer iki kişiye çocuğun diyetini vermesine hükmetti." sözü de, anlamı yeterince açık olmayan anlaşılması güç bir ifadedir. Çünkü bilindiği gibi hayatta olan özgür bir kişinin diyet ile değeri belirlenmez. Eğer bu çocuk önceden davacı kişilerin kölesi idiyse veya onlar arasında ortak olan bir cariye'den doğmuş ise davacılarından her birinin çocuğun

kendisinin oğlu olduğunu ikrar etmesi, kendisinin çocuk üzerindeki payının özgür olmasını gerektirdiği gibi ödeme konusundaki hakkını da ortadan kaldırır. Aynı şekilde hadisi rivayet eden kişinin anlamayamadığı mesele de müşkildir (çok kapalı bir meseledir). Çünkü o, "Bu diyetten lehine hüküm verilen şahsın payı düşüldü mü?" diye sormuştur. Bilindiği gibi diyet, canın bedelinin tamamına verilen isimdir. Bu diyetin içinde, kur'ada çıkan kişinin payı da bulunmaktadır. Öyleyse diyetin gerekli olduğu durumda bu kişinin payının düşülmesi koşuldur. Nitekim ortaklardan birisi ortak köleyi öldürdüğünde kendisinin köle üzerindeki payı diyetten düşülür. Ancak hadisi rivayet eden Âmir (r.h.a.), soruyu soran kişiden duyduğu soruya cevap vermekle uğraşmaksızın yalnızca "bilmiyorum" demiştir. Sanki o, Ali'nin bu hükmünün kabul edilmesi gerekli olmayan bir hüküm olduğunu bildiğinden soruya cevap verme gereği duymamıştır.

Bu açıklamalarımızla, neseb iddiasında kur'ayı kullanma ile ilgili olan bu hadisin zayıf olduğu ortaya çıkmış olmaktadır.

Ortaklardan biri veya bir bölümünün yargıçtan paylaşırma istemesi

İsmâil b. İbrahim'den şu nakledilmiştir: "Ben kardeşimle aramızda ortak olan küçük bir evi paylaşırması için Şa'bî'ye gittik. Çünkü kardeşim taksimi istemiyordu. Şa'bî eli ile bir kiremit şekli çizerek "Eviniz bu kadar bile olsa onu sizin aranızda paylaşırırım." dedi. Onun çizdiği şekil dört köşeli idi.

Bu haber göstermektedir ki ortaklardan bir kısmının paylaşırmayı istemesi durumunda, diğer ortaklar buna yanaşmasa bile, yargıç ortak malı paylaşırır. Çünkü paylaşırmayı isteyen kişi, diğer ortağın, kendisini mülkünden yararlandırmadığı gibi kendisine ait mülkten yararlanma konusunda da adaletli davranmadığından şikayet etmektedir. Paylaşırmayı istemeyen ortak ise zorluk çıkarmayı istemektedir. Yargıç hükmünü zorluk çıkarana göre değil, zulümden şikayet eden, adaleti isteyen kişinin istemine dayandırır.

Bu nedenle ortaklardan bir kısmı paylaşırılması mümkün olmayan mülklerin paylaşırılmasını istediğinde yargıcın bunları paylaşırması gerekmez. Çünkü bu durumda paylaşırmayı isteyen kişi kendi zararını istemektedir. Çünkü; paylaşırma öncesinde bu kişi kendi payından yararlanırken, paylaşırma ile bu yararlanma sona ermektedir.

Şa'bî'nin bir kiremit şekli çizerek "Eviniz bu kadar bile olsa onu paylaşırırım." sözünden, bunun gerçek anlamı kastedilmemiş, onların paylaşırılmaya elverişli olan evleri konusunda mübalağa yapmak maksadıyla örnek kabilinden anılmıştır. Çünkü bilindiği gibi bir kiremit miktarı, bölünmeye elverişlidir. Bu, Peygamber (s.a.v.)'in şu sözü gibidir:

من بني لله مسجدًا كمفحص قطاة سي الله له بيتًا في الحنة

"Kim Allah rızası için bağırtlak kuşunun yuvası kadar bile bir mescit yaparsa Allahu Teâlâ da onun için cennette bir köşk yapar."²

Bilindiği gibi mescit, bağırtlak kuşunun yuvası kadar olamaz. Peygamber (s.a.v.) bunu, mescit yapma isteği konusunda mübalağa amacıyla söylemiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demiştir: "Ortaklar, mülkü paylaştırmak üzere bir kimseyi ücret karşılığı tuttuklarında onun ücreti her bir ortağın ortak mülkteki payına göre değil, kişi başına ödenir."

**Paylaştıran
kişinin ücreti**

Ebû Yusuf, Muhammed ve Şafî (rh.a.), ücretin, payların miktarına göre ödeneceğini söylemişlerdir. Bu konuda yargıcın belirlediği paylaştırmacı ile diğerleri eşittir. Bu görüş Ebû Hanîfe (rh.a.)'den de rivayet edilmiştir.

Ebû Yusuf, Muhammed ve Şafî (rh.a.)'nin görüşlerinin delili şudur; Bu ücret, ortakların mülkleri nedeniyle yüklendikleri bir masraftır. Bu nedenle mülklerin oranına göre olur. Nitekim ortak mülke yapılan harcama, ölçülen ve tartılan şeyleri ölçmek ve tartmak üzere tutulan kişinin ücreti de bu şekilde olur. Burada paylaştırmacının amacı her bir ortağın kendi payından yararlanmasını sağlamaktır. Ortak mülkte büyük paya sahip olan kişinin yararı, küçük paya sahip olandan daha fazladır.

[15/6]

Şöyle de denilebilir: Bir şeyin külfeti, ondan elde edilen yarar karşılığındadır. Bilindiği gibi burada ortak mülkten elde edilen yarar, yani elde edilen meyveler ve ortak hayvanların yavruları, ortakların mülkleri oranındadır. Bunun karşılığında katlanılacak zarar da mülklerin oranına göre olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünün delili ise şudur; Paylaştırmacının yaptığı iş ortaklar açısından eşittir. Zaten o bu işi nedeni ile ücrete hak kazanmaktadır. Bu nedenle tıpkı ortakların paylarının eşit olması durumunda olduğu gibi, paylar farklı olduğunda da ödeyecekleri ücret eşit olur.

Bunun nedeni şudur: Paylaştıran kişi araziye ölçmek, ip uzatmak ve arazinin sınırlarında yürümekle ücrete hak kazanmamaktadır. Çünkü bu konularda mülk sahipleri kendisine yardımcı olsa bile paylaştırmayı kendisi yaptığında tam olarak ücrete hak kazanır. Bundan anlaşılmaktadır ki o, paylaşırma nedeniyle ücret almaktadır. Paylaşırma da ortaklardan birinin payını diğerinden ayırmaktır. Ayırma işlemi bakımından ortaklar arasında bir farklılık yoktur. Büyük pay sahibinin payı, onun emeği ile küçük pay sahibinin payından ayrıldığı gibi, küçük pay sahibininki de büyük pay sahibinden ayrılmaktadır. Hatta bazen daha az paya sahip olan kişinin payı daha çok uğraştırılabilir. Çünkü paylar birbirine eşit olduğunda değil, birbirinden farklı olduğunda ince hesap yapmak gerekir. Daha az paya sahip olan kişinin payını ayırmak diğerinden daha zor olabilir. Bununla birlikte bu farklılığa

² Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/241; İbn Mâce, *Mesâcid* 1; İbn Huzeyme, *Sahih*, II/269; İbn Hibbân, *Sahih*, IV/490.

itibar edilmez. Çünkü payların ayrılması tek bir emekle gerçekleşmektedir. Pay sahipleri de bu emek konusunda eşittirler.

**Ortak ürün
paylaştırılması**

Ortak mülkten meydana gelen ürünler bundan farklıdır. Çünkü bu ürünler mülkiyetten kaynaklanır. Bu nedenle de her bir ortağın payına göre belirlenir.

Ortak mülkiyete yapılacak harcama da bundan farklıdır. Çünkü bu harcama mülkün varlığını devam ettirmesi içindir. Büyük pay sahibi buna payı az olandan daha çok ihtiyaç duyar. Çünkü mal sahibinin yararının daha fazla olduğunu söylemek de anlamsızdır. Çünkü bu, ücrete hak kazanılan emek (taksim) nedeniyle değil payının çok olması nedeniyle.

Ölçülen ve tartılan ortak malları ölçen ve tartanlara verilecek ücrete gelince. Âlimlerimizden bir kısmı bu konuda da görüş ayrılığı bulunduğunu belirtmişlerdir. Çünkü ölçülen ve tartılan şeyler de paylaştırılır. Bunları ölçüp tartan kişiler paylaştırıcı konumundadır.

Daha doğru olan görüşe göre Ebû Hanîfe (r.h.a.), yukarıdaki mesele ile bunu birbirinden ayırmaktadır. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Ölçülebilen ve tartılabilen şeylerde bunları ölçen ve tartan kişiler yaptıkları iş nedeniyle ücrete hak kazanmaktadırlar. Nitekim bu işi yapanlar ortaklardan yardım istemiş olsalar ücret elde edemezler. Bu durumda paylaştırıcı, ölçme ve tartma bakımından malı çok olan için daha fazla çalışmış olmaktadır. Her akıllı insan bilir ki yüz ölçek miktarındaki bir mal, on ölçekten fazladır. Bu nedenle ortakların ödeyeceği ücret de mülkleri oranında olmaktadır. Taksim konusunda ise malı paylaştıran kişinin durumu böyle değildir.

**Paylaştırıcıya
devlet
hazinesinden
ücret tahsis
edilmesi**

Muhammed (r.h.a.) arazileri paylaştıran kişiye devlet hazinesinden bir maaş tahsis edilmesini uygun görür. Böylece o, insanlardan bir şey almamış olur. Bununla birlikte kendisine hazineden bir maaş bağlanmaz, o da ücret karşılığında paylaştırma işlemini yaparsa bu caiz olur. Çünkü paylaştırma yargıçlık gibi değildir. Bilindiği gibi hüküm vermek farzdır. Aynı zamanda da bir ibadettir. Yargıç bu konuda Resûlullah (s.a.v.)'ın nâibidir (onun yerindedir). Paylaştırmamanın ise bunlarla ilgisi yoktur. Bununla birlikte paylaştırma bir açıdan yargılama ile ilişkilidir. Çünkü taraflar arasında anlaşmazlığın sona ermesi malın paylaştırılması ile olur. İşte bu açıdan mülkleri paylaştıran kişi yargıcın nâibi olmaktadır. Dolayısıyla geçimini sağlayacak miktarın hazineden kendisine verilmesi en uygun yoldur. Yaptığı iş doğrudan hüküm vermekle ilgili olmadığı için de emeği karşılığında ücret alması caizdir. Paylaştırıcı bu hususta yargıcın kâtibi gibidir. Biz bu meseleyi "Yargıcın izlemesi gereken yol" (Edebü'l-kâdî) konusunda ele almıştık.

[15/7]

Şürayh (r.h.a.)'den anılan şu hadis de bunu göstermektedir. O şöyle demiştir: "Ben niçin hazineden geçimimi almayayım? Ben onlardan hakkımı tam olarak alıyorum. Onlara haklarını veriyorum. İnsanlar için mahkeme meclisinde sabırla oturuyorum. Onlar arasında adaletle hüküm veriyorum."

Biz daha önce Şürayh (r.h.a.)'ın geçimini hazineden aldığını belirtmiştik. Rivayet edildiğine göre Ömer (r.a.) kendisine yargıçlık nedeni ile yüz dirhem veriyordu. Ali (r.a.) bunu arttırmıştır. Bunun nedeni bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinin çokluğu idi. Ali bu nedenle onun için aylık beşyüz dirhem tahsis etmiştir.

Anlaşılan bazı arkadaşları Şürayh (r.h.a.)'ın bu şekilde maaş aldığı için "Yargıçlığı Allah rızası için yap!" diyerek kendisini kınayınca o da yukarıda belirttiğimiz sözü söylemiştir. Şürayh bu sözle şunu kastetmiştir: "Ben Müslümanların işleri için kendi işlerimi terk ediyorum. Bu nedenle de geçimimi sağlayacak miktarı Müslümanların mallarından alıyorum." Şürayh bu sözü ile sanki Allahu Teâlâ'nın zekatın dağıtılacağı yerler arasında andığı memurlara (âmillere) işarette bulunarak delil getirmiştir. Çünkü onlar yoksullar adına çalışmak için kendi işlerini terk ettiklerinden, yoksulların mallarından kendi geçimlerini almayı hak etmişlerdir.

Muhammed b. İshak ve Kelbî (r.h.a.)'den rivayet edildiğine göre Peygamber (s.a.v.) yolculuğa çıktığında yanında götürceği eşini belirlemek için eşleri arasında kur'a çekerti. Ayşe şöyle demiştir: "Başıma gelen ifk hadisesinin olduğu seferde kur'a bana çıkmıştı."

Paylaştırmada kur'a çekmenin dayanağı ve niteliği

Kocanın yolculuğa çıktığı durumlarda karısının kasm (eşler arasında gecelerin eşit olarak paylaşımı) hakkı yoktur. Resûlullah (s.a.v.) yolculuğa çıktığında isteseydi hiç bir hanımını götürmezdi veya kur'a çekmeksizin dilediği hanımını götürülebilirdi. Bununla birlikte Peygamber (s.a.v.) eşlerinin gönlünü hoş tutmak için kur'a çekerti. Bu gibi durumlarda kur'ayı kullanmak bütün alimlerin ittifakıyla caizdir.

Günlerin taksimi

Yine biz bu hadîse bağlı olarak şu hükmü kabul ediyoruz: Bir kişi dört kadına birden evlendiğinde birlikte bulunmayı hangi eşinden başlatacağını belirlemek için kur'a çekebilir. Çünkü zaten kur'a çekmeden de dilediği hanımından başlatabilir. Bununla birlikte onların gönlünü hoş tutmak ve içlerinden birine meylettiği konusundaki töhmeti ortadan kaldırmak için kur'a çeker.

Kur'a çekme

Muhammed (r.h.a.) bu hadisi daha sonra belirtilen şu hüküm için kitabına almıştır. Mülkü paylaşan kişi, ortaklar arasında paylaşırma sırasında gecikmeden kur'a çekebilir. Bu konuda yargıcın belirlediği paylaştırıcı ile diğerleri eşittir. Bu, istihşâna göre verilmiş bir hükümdür.

Kıyasa göre ise kur'a çekmek doğru olmaz. Çünkü kur'a kumar anlamına gelmektedir. Çünkü kur'a, hak kazanmayı kur'anın çıkmasına bağlamaktır. Bilindiği gibi kumar haramdır. İşte bu nedenle âlimlerimiz nesep ve mülkiyet davaları ile özgür olan kölenin belirlenmesi konularında kur'anın kullanılmasını caiz görmezler. Ayrıca kur'a, cahiliyye ehlinin ibadeti olan fal oklarıyla kısmet aramaktır. Allahu Teâlâ bunu haram kılmış ve bunun bir pislik ve yoldan çıkma olduğunu açıkça belirtmiştir.

[15/8]

Kur'an'da
geçen
kur'a
örnekleri

Kıyasa göre böyle olmakla birlikte biz bu meselede, sünnet ve Peygamber (s.a.v.) zamanından günümüze kadar herhangi bir kişi tarafından kınanmaksızın uygulanagelen yaygın teâmül nedeniyle, bu hükmü terkettik. Hem de burada kur'a kumar anlamına gelmemektedir. Çünkü kumarda hak kazanma, kullanılan şeye bağlanmaktadır. Burada ise tarafların hak kazanması kur'anın çıkmasına bağlanmamaktadır. Mülkü paylaştıran kişi ortaklardan her birine "Ben bu paylaştırmayı âdil bir şekilde yaptım. Buna göre sen şu bölümü sen de şu bölümü alacaksın." dese doğru bir iş yapmış olur. Ne var ki bu paylaştırmada taraf tutmakla suçlandırılabilir. Bu nedenle ortakların gönlünü hoş tutmak ve taraf tuttuğu yolundaki kuşkuyu gidermek için, kur'aya başvurur. Bu caizdir. Görmez misin Yunus (a.s.) bu gibi durumda gemide yolculuk yaptığı kişilerle kur'a çekmiştir.

Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

فَسَاهِم فَكَانَ مِنَ الْمُنْحَصِينَ ؕ

"Gemide olanlarla karşılıklı kur'a çektiler de (Yunus) yitirenlerden oldu." (es-Saffât 37/141)

Bunun nedeni şu idi: Yunus aslında kendisinin kastedildiğini biliyordu. Ama kendisini suya atsa Peygamberlere yakışmayan şeyleri kendisine dayandırabilirlerdi. İşte bunun için kur'aya başvurdu.

Aynı şekilde Zekeriyâ (a.s.) da Meryem'in bakımını üstlenme konusunda Yahudi alimleri ile kur'a çekmiştir. Aslında o, kendisinin daha çok hak sahibi olduğunu biliyordu. Çünkü Meryem'in teyzesi kendisinin hanımı idi. Bununla birlikte onların gönlünü hoş tutmak için kur'aya başvurdu. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

وَإِذْ يُنْفِقُونَ أَفْلاَمِهِمْ أَنْتُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ؕ

"İçlerinden hangisi Meryem'i korumasına alacak diye kur'a çekmek üzere kalemlerini atarlarken..." (Âi-i Imrân 3/44)

Ortak mülkü yargıcın kendisi veya vekili kur'a ile paylaşıyorsa, paylardan bir kısmı çıktıktan sonra ortaklardan bazıları bu taksimi kabul etmemekte direnemezler. Nitekim kur'anın bitiminden önce ortakların bir kısmının paylaşmamakta direnmesine de bakılmaz. Eğer tarafların karşılıklı rızası ile bir başka kişi paylaşıyorsa, bir ortak dışında bütün ortakların kur'ası çekilmedikçe, bundan dönebilir. Çünkü karşılıklı rıza yolu ile paylaştırmada payların birbirinden ayrılması rızaya dayanmaktadır. Dolayısıyla kur'a işlemi tamamlanmadan önce ortakların her biri bundan dönebilir. Bazı ortaklar adına kur'a çekildiğinde henüz işlem tamamlanmış değildir. Bu, alıcı kabul etmeden önce satıcının satış teklifinden dönmesi gibidir. Bir ortak dışında bütün ortakların payları belli olduktan sonra paylaşırma işlemi tamamlanmış olmaktadır. Çünkü kur'adan kendisinin adı çıkmış

olsun olmasın, onun payı zaten belirlenmiş olmaktadır. Paylaştırma işlemi sona erdikten sonra ortaklardan bir kısmı bundan dönemezler.

Mirasçılar arasında ortak olan bir konak (üzerindeki yapılar ile birlikte arazi) paylaşılmış olsa, ve mirasçılardan bir kısmı binadan ve yerden diğerlerine göre daha fazla almış olsa, bu caiz olur. Çünkü paylaştırmada, mülklerin değerleri ve yararları bakımından karşılıklı olarak âdil bölüşüm esas alınır. Tam olarak eşit bölüşme ekinde ve binada gerçekleşmeyebilir. Çünkü bölüşülen yerdeki ekinler ve bina, arazinin bir tarafında olabilir. Arsanın da bir bölümü diğerlerinden daha değerli ve yararlı olabilir. Konağın arka tarafından daha çok, ön tarafına rağbet edilir. İşte bütün bu durumlarda adaleti gerçekleştirebilmek için alan / yüz ölçümü olarak bazı ortakların diğerlerinden daha fazla almasından başka çare yoktur.

Mirasçılar araziyi yüz ölçümü hesabıyla, binayı da âdil bir değer ile bölüşürlerse bu geçerli olur. Bu paylaşımın, tarafların rızası ile olması durumunda caiz olacağı konusunda bir problem yoktur. Yargıcın hükmü ile yapılan paylaştırmada da aynı durum söz konusudur. Çünkü arazide âdil bölüşümü sağlamak yüz ölçümü hesabı ile kolayca yapılabilir. Ancak binaların değerleri arasında büyük farklar bulunduğu için alan hesabına göre binaların paylaştırılmasında adaleti sağlamak imkansız olabilir. Bu nedenle binaya değer biçilmesi suretiyle ortaklar arasında bölüşürülmesi adalete daha uygundur. Mülkün tamamının değer üzerinden paylaştırılması caiz olduğuna göre, bir bölümünün bu şekilde paylaştırılması da aynı hükme tabidir.

Ortaklar araziyi paylaştıklarında binanın değeri bilinmiyorsa, kıyasa göre bu paylaşım geçerli olmaz. Çünkü bina ve arazi tek bir paylaştırmaya tabidir. Bu durumda binanın değeri bilinmediğinde, yapılan paylaştırma işlemini bina hakkında geçerli saymak imkansız olur. Buna bağlı olarak arazinin taksimi de geçersiz olur. Nitekim akitler konusundaki temel prensibe göre; akde konu olan şeylerin bir kısmında akit bozuk olduğunda, tamamı bozuk olur. Kıyasa göre hüküm böyle olmakla birlikte biz iki nedenle istihsan delili ile bunun caiz olduğuna hükmettik:

[15/9]

Birincisi; Mal sahipleri, paylaşmanın nasıl yapılacağı konusunda görüş ayrılığına düştüklerinde binayı araziden ayırmışlar ve arazide yüz ölçümü üzerinden, binada da değer üzerinden adaleti sağlamaya dikkat etmişlerdir. Bu nedenle bu paylaştırma her biri bağımsız olarak taksim edilen arazilerin paylaştırılması gibi olmuştur. Bilindiği gibi arazilerin bu şekilde paylaşımında bir arazinin yüz ölçümü bilinmeden önce başka bir arazi taksim edilebilir. Bizim meselemizde de binanın değeri bilinmeden önce arazinin paylaştırılması caizdir.

İkincisi; Arazinin paylaşılmasının hükmü araziyi ölçmekle tamamlanmaz. Aksine paylaştırmının tamamlanması binanın değerinin bilinmesine ve bu değere göre paylaştırılmasına bağlıdır. Paylaştırma, mülkün bütününde karşılıklı âdil

paylaşımın gerçekleştirilmesi ve her bir ortağın kendisine düşen payı öğrenmesi ile tamamlanır. Bu da paylaşırma sözleşmesinin tamamlandığı sırada olmalıdır. Sözleşme, bilinen şeylerde tamamlandıktan sonra başlangıçtaki bilinmezliğin bir zararı olmamaktadır. Nitekim kişi her birinin fiyatını söyleyerek üç kumaştan birini alma konusunda seçim hakkına sahip olma koşuluyla bir sözleşme yapsa, bu kumaşlardan dilediğini satın alır.

Konak, ergin kimselere miras olarak geçmiş olup söz konusu kimseler yargıç huzurunda bu konuda birbirini tasdik edip konağın paylaşılmasını isteseler, eğer bunu karşılıklı rıza ile yaparlarsa yargıç engel olmaz. Çünkü bu, kendilerine geçen bir mal üzerinde meşru bir yolla yapılan bir tasarruftur. Bu konak üzerinde satma, hibe etme gibi tasarrufta bulunsalar kendilerine engel olunmadığı gibi taksim etme konusunda da aynı durum geçerlidir. Konağın taksim edilmesini yargıçtan isterlerse, Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre yargıç, bu kişiler malın miras kaldığına dair tanık getirmedikçe sadece ikrarları ile konağı taksim etmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise yargıç bu konağı taksim eder. Bunu onların ikrarı ile yaptığına tanık tutar. Konağın başkalarına değil, yalnızca onlara ait olduğuna hükmeder. Çünkü konak onların elinde bulunmaktadır. Aksini iddia eden bir taraf bulunmadığı sürece mal elinde bulunduran kişinin bu malla ilgili sözü kabul edilir. Bu meselede de paylaşımı isteyen kimselere karşı çıkan bir taraf bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konağın onların mülkü olduğuna dair tanık getirmelerine de gerek yoktur. Konak üzerindeki mülkiyetleri kendi sözleri ile sabit olunca onlar yargıçtan yalnızca bu konağı kendileri için taksim etmesini istemişlerdir. Yargıç bu isteğe cevap vermek zorundadır. Nitekim paylaşımı talep edenler, miras olup olmadığını açıklamaksızın evin kendi mülkleri olduğunu söyleyerek yargıçtan bu evi paylaşılmasını isteselerdi onların istemi üzerine yargıç bu evi taksim edecekti. Paylaşırma işlemi sırasında bulunmayan bir kişinin daha sonra gelerek bu konakta kendisinin hakkı olduğunu iddia etmesi olasılığına göre o evin yalnızca kendilerine ait olduğuna başkalarına ait olmadığına hükmettiği konusunda tanık tutacaktı. Bizim meselemizde de aynı durum söz konusudur.

Bunun delili şudur: Paylaşım isteminde bulunan kişilerin elinde akar (taşınmaz mal) değil de ticaret malları veya başka taşınabilir mallar bulunsa, bu kişiler malların miras malı olduğunu ikrar ederek taksim edilmesini isteseler, yargıç onların ikrarına dayanarak bu malları taksim eder. Malları ellerinde bulundurmaları itibarıyla onların ikrarına göre taksim ettiğine dair tanık tutar. Akarda da aynı durum söz konusudur. Çünkü zilyetlik taşınabilir mallarda söz konusu olduğu gibi akarlarda da söz konusudur.

Yine bu kimselerin elinde bir konak bulunsa ve onlar konağı orada olmayan falanca kişiden satın aldıklarını ikrar ederek yargıçtan bunu taksim etmesini isteseler, yargıç belirttiğimiz yolla onların bu isteğine cevap verir. İşte mirasta da

aynı durum söz konusudur. Çünkü her iki mesele arasında fark bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da mülkü elinde bulunduranlar, mülkün aslının başkasına ait olduğunu ikrar etmişlerdir. Ardından da bu mülkün hukuka uygun bir yolla kendilerine geçtiğini haber vermişlerdir. Bu mülkü başkasından satın aldıklarını söylediklerinde onların sözüne dayanarak paylaşılması caiz olunca, miras kaldığını söylediklerinde de aynı durum geçerli olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) bu konuda görüşünü desteklemek için iki yol izlemektedir:

[15/10]

Birincisi; Onların sözlerine göre burada yargıcın hükmü ölüyü de kapsar. Dolayısıyla, yargıcın mülkü taksim etmesi ölü aleyhine verilen bir hükümdür. Oysa malı elinde bulunduran kimselerin sözleri ölünün aleyhine delil olamaz. Bu bakımdan yargıcın ölü aleyhindeki hükmünün sabit olabilmesi için, bu kişilerin tanık getirmeleri koşuldur. Bu durumu iki yönden açıklayabiliriz:

a- Paylaştırma öncesinde tereke ölünün mülkü olarak devam eder. Bu terekeden doğan fazlalıklar üzerinde ölünün hakkının sabit olması da buna delildir. Nitekim ölünün borcu terekeden ödenir. Vasiyetleri yerine getirilir. Bu mal paylaştırıldığında ölünün tereke üzerindeki hakkı kalkar. Bundan sonra meydana gelen fazlalıklarda da bir hakkı kalmaz. Görüldüğü gibi burada ölünün hakkını kesmek suretiyle onun aleyhine hüküm verilmiş olmaktadır.

b-Yargıcın ölünün terekesi üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi onu gözetip korumaya ilişkindir. Yargıcın tasarrufu ölüyü korumaya yönelik olduğunda geçerli olur. Burada söz konusu kişiler yargıcın ölü üzerinde velayetinin olduğunu ona haber vermektedir. Maksatları onun hükmünün, ölüyü korumaya yönelik konudaki hükmünün, ölü için bağlayıcı olmasıdır. Bu ise onların elinde olan bir durum değildir. Dolayısıyla onların bu konudaki sözü delil olamaz. Bu nedenle yargıç bu konuda onları tanık getirmekle sorumlu tutar. Herhangi bir taraf olmadığı durumda onların tanıklarının yaptığı tanıklık kabul edilir. Çünkü bu tanıklık, kendi hakkını koruyamayan bir kişi (ölünün) hakkında yargıcın koruma yetkisinin bulunduğunu ispat etmek üzere yapılmış olmaktadır. Mülkü kendi başlarına paylaşmaları meselesi bundan farklıdır. Çünkü onların bu fiili ölü hakkında bağlayıcı olmamaktadır.

Ticaret malları da bundan farklıdır. Çünkü ticaret mallarının taksiminde ölünün korunması iki nedenle gerçekleşmektedir.

1- Ticaret mallarının bozulup telef olmasından korkulur. Bu malları paylaşmak onları koruma anlamını içerir. Akar ise kendi kendine koruma altında olduğundan, onun telef olmasından korkulmaz. Dolayısıyla akarı taksim etmek ölünün hakkını akardan kaldırarak ölü aleyhine hüküm vermek olur.

2- Ticaret mallarının taksiminde, paylaşma sonrasında tarafların her birinin aldığı mal o kişinin sorumluluğundadır. Bunların ödemeye tabi olması ölünün hakkını koruma anlamı taşımaktadır. Akarlar için ise bu durum söz konusu

değildir. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre akarlara el koyan kişi onun ödeme yükümlülüğünü üstlenmez.

Akarı elinde bulunduran kimseler onun (miras olduğunu belirtmeksizin) kendi mülkleri olduğunu iddia ettiklerinde durum bundan farklıdır. Çünkü bu durumda malın onlara paylaştırılmasına hükmetmek onlarla sınırlı kalmakta, başkalarına geçmemektedir. Çünkü başkalarının bu malda mülkiyeti sabit olmamıştır.

Akarı elinde bulunduranların bunu satın aldıklarını söylemeleri meselesine gelince, Ebû Hanîfe (rh.a.)'den *Zâhirü'r-rivâye* dışındaki kaynaklarda rivayet edildiğine göre yargıç bunu taksim etmez. Bu rivayete göre Ebû Hanîfe (rh.a.) konağı elinde bulunduranların "satın aldık" demeleri ile "miras kaldı" demelerini eşit saymıştır. Ancak bu durumda *Zâhirü'r-rivâye*'de olduğu gibi bu hükmü kabul ederek şöyle deriz: Yargıç satın alınan malın paylaştırılmasına hükmettiğinde satıcının mal üzerindeki hakkı ortadan kalkmış olmamaktadır. Çünkü malın satılıp teslim edilmesinden sonra, mal satıcının mülkü hükmünde kalmamaktadır. Miras ise böyle değildir. Ayrıca yargıcın, var olmayan kişinin mallarında tasarruf yetkisi yoktur. Konağı elinde bulunduranlar, onu satın aldıklarını söylediklerinde, daha önce miras hakkında söylediğimizin aksine, yargıcın orada olmayan satıcı üzerinde yetkisi bulunduğunu haber vermiş olmamaktadırlar.

İkincisi; Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin izlediği diğer yola göre yargıç, miras bırakanın öldüğüne hükmetmeden önce malın paylaştırılmasına hükmedemez. Miras bırakanın ölümüne hükmedildiğinde; eşyle arasındaki nikah bağının sona ermesi, ümmü veled ve müdebberlerinin özgür olması, vadeye bağladığı borçlarının peşin duruma gelmesi gibi dava konusu olmayan başka hükümler de sabit olmaktadır. Halbuki malı elinde bulunduranların sözleri bu konularda delil olamaz. Dolayısıyla ilgili kişinin öldüğüne ve bu malı miras bıraktığına dair delil bulunmadıkça yargıç malın paylaştırılmasına hükmetmez. Ticaret malları böyle değildir. Çünkü onların paylaştırılması mülkiyeti elde etmek için değil, korumak içindir. Görmez misin bölünebilen bir malı emanet olarak alan iki kişi, korumak maksadıyla bunu paylaştırabilirler. Dolayısıyla ticaret mallarının paylaştırılmasına hükmetmek ölû hakkında hüküm vermek anlamına gelmez. Akarda ise paylaştırma, mülkiyeti elde etmek içindir. Bu da ancak miras bırakanın ölümüne hükmedilmesinden sonra olabilir.

Buna göre, satın alma meselesinde "*en-Nevâdir*"deki rivayet uygulanır. Çünkü yargıç satışın olduğuna ve mal üzerinde satıcının mülkünün ortadan kalktığına hükmetmedikçe malı taksim edemez. Malı elinde bulunduranların sözü ise bu konuda delil olamaz. *Zâhirü'r-rivâye*'deki rivayeti kabul ettiğimizde bunu şöyle açıklayabiliriz: Satışla ilgili hüküm yalnızca paylaşım isteminde bulunan kimselerin ellerinde bulunan mala özgüdür. Bu nedenle onların ikrarına dayanarak malı paylaştırma konusunda yargıç onların yerini alabilir. Miras ise bundan farklıdır.

Mirasçılar arasında küçük veya kayıp olan ergin bir kimse bulunur ve konak hazır olan ergin kimselerin elinde olursa, Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre hüküm yine aynıdır. Onlar mirasın aslına dair tanık getirmedikçe yargıç malı taksim etmez. Çünkü önceki meselede tüm mirasçılar hazır ve ergin oldukları halde miras taksim edilmiyorsa, burada taksim edilmemesi daha önceliklidir. Çünkü bu mal taksim edildiğinde malı elinde bulunduran kimselerin sözüne dayanarak küçük ve var olmayan kişi aleyhinde hüküm verilmiş olmaktadır.

Mirasçılar arasında küçük veya kayıp kimselerin bulunması durumunda taksim

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise yargıç malı bu kişiler arasında taksim eder, var olmayan mirasçı ile küçüğün hakkını ayırır. Malı var olan ergin mirasçıların ikrarına dayanarak taksim ettiğine ve var olmayan ile küçüğün getirecekleri delilin muteber olduğuna dair tanık tutar. Çünkü konağın tümü hazır olan ergin kişilerin elindedir. Bu taksimde küçük ve kayıp olan kişinin elinden bir şeyi alarak onlar aleyhine hüküm verme bulunmamaktadır. Aksine başkasının elinde olan maldan küçük ve kayıp kişinin payları ayrıldığı için bu paylaşırma onları gözetme anlamı taşımaktadır. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi taksim yapılırken küçük olan ve hazır olmayan mirasçıların payları ayrılır. Bundan dolayı bu taksim onlar açısından tamamen koruma sağlamaktadır. Yargıç bu konuda yetki sahibidir.

Akarın bir kısmı küçük veya hazır olmayan mirasçının elinde bulunuyorsa, hazır olan kimseler mirasın aslına dair tanık getirmedikçe, akar onlar arasında taksim edilmez. Çünkü bu durumda iken akar paylaşılırsa çocuk ve kayıp kişinin elinde bulunan kısım onların elinden çıkması için hükmedilmiştir.

Yine ergin olan kişi kaybolmadan önce akarın bir bölümünü bir kişiye emanet bıraktığında bu bölüm taksim edilmez. Çünkü emanet alan kişi emindir. Bu konuda paylaştırmayı isteyen kişilere karşı davada taraf olamaz. Yargıç, hazır olmayan mirasçının emanet bıraktığı kişinin gelmesi ile hazır olmayan kişi aleyhine hüküm verme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle paylaştırmayı isteyenler tanık getirmedikçe taksim yapılmaz. Tanık getirilirse yargıç bunu kabul eder. Çünkü bu tanıklık, yargıcın ölenin terekesinde tasarrufta bulunma yetkisini ispat etmektedir. Ayrıca mirasçılar, miras konusunda ölenin yerini almaktadırlar. Bu nedenle onun adına mahkemede taraf (hasım) olabilirler. Mirasçılar birbiri adına da taraf olabilirler. Bu durumların söz konusu olmadığı tereke çok azdır. Çünkü mirasçıların sayısı çok olmakta bununla birlikte miras taksimine tümü katılmamaktadır. Yargıç hâzır olmayan veya küçüklerin varlığı durumunda tanıklığı kabul etmeyip malı taksim etmezse, zarara yol açmış olur. "Zarar da ortadan kaldırılır."

Mirasçılardan akarı elinde bulunduran iki kişi yargıca gelerek mirasa dair tanık getirirler yargıç akarı onlar arasında taksim eder. Küçük ve hazır olmayan kişinin payını korumak üzere bir kimseyi vekil atar. Çünkü hâzırların bir tanesi ölü, küçük ve hâzır olmayan adına taraf olur. Diğer de kendisi taraf olur. Davalı ve davacının bulunmasıyla yargıç bu tanıklığı kabul edip ona göre işlem yapabilir.

Yalnız mahkemede hazır olan tek kişi ise yargıç akarı paylaştırmaz. Bu kişinin tanıklarını da kabul etmez. Çünkü bu kişinin karşısında bir taraf yoktur. Mahkemeye gelen kişi kendi adına davada taraf olsa bile onun karşısında ölü ve hazır olmayan adına davaya taraf olan kimse bulunmamaktadır. Hâzır olan kimse ölü ve hâzır olmayan adına taraf olur ise, o zaman da kendi adına taraf olan ve tanık getiren kimse bulunmamaktadır. Ancak mahkemeye hâzır olan kimselerden ikisi başvurduğunda durum bundan farklıdır.

İkinci olarak şu söylenebilir: Mahkemeye bir kişi geldiğinde, bu kimse malın taksimini istemekle herhangi birinin haksızlığından şikayet etmemekte, adaletli davranılmasını da istemiş olmamaktadır. Çünkü onunla birlikte onun mülkünden yararlanan bir başkası bulunmadığından yargıca "Malı aramızda taksim et ki benden başka kimse mülkünden yararlanmasın." diyemez.

Paylaştırmayı iki kişi istediğinde, bunların her biri diğerinin kendi payından yararlanmasını engellemek üzere yargıçtan malın taksim edilmesini istemektedirler. Bu istem geçerli olur.

Mirasçılar arasında mahkemeye gelen küçük bulunduğunda yargıç onun için bir vasî tayin eder. Çünkü vasî tayin ederek küçüğün koruma konusunda yargıcın yetkisi vardır. Küçüğün vasîsi onun yerini alır. Bu durumda o, ergin ve mahkemede hâzır kimse gibi kabul edilir, dolayısıyla delili kabul edilir. Bu kimselerden biri davacı diğeri de davalı, ve birisi kendisi diğeri de ölü ve kayıp adına hasım kabul edilerek malın paylaşılması emredilir.

Akar bir kaç kişi arasında satın alma sonucunda ortak olsa ve sahiplerden biri hâzır olmasa, malı satın aldıklarına dair tanık getirselere bile, hâzır olmayan ortak gelinceye kadar mal taksim edilmez. Çünkü mirasta âdeten bütün mirasçıların gelmesini koşul koymak mümkün olmadığı için mirasçılardan bir kısmının mahkemeye gelmesi ile mal taksim edilir. Bu durum satın alma için söz konusu olamaz. Çünkü malı satın alma sırasında ortaklar hazır olduğu için, malın paylaşılması sırasında da hazır olmalarını koşul koymak kolay olur. Ayrıca malı satın alanlardan hâzır olanlar, hâzır olmayan kişi adına taraf olamazlar. Çünkü satın alma işlemini hâzır olmayan kişi gerçekleştirmiştir. Ortaklardan her biri kendi payını bizzat kendisi satın aldığı için, yeni bir mülkiyete sahip olmaktadır. Hazır olmayan kişinin yerine, mahkemede birisi olmadığı zaman, hâkim onun aleyhine hüküm veremez. Mirasta ise mirasçılar sonradan meydana gelen bir nedenle yeni bir mülkiyet elde etmemektedirler. Miras bırakan kişinin mülkü, mirasçılar onun yerini aldıklarından, onlara dayandırılmaktadır. Bu nedenle mirasçılar, satıcının miras bırakana sattığı bir malda kusur/ayıp bulsalar bu malı satıcıya geri verebilirler. Satışı karşılıklı rızaya dayanarak akdi ortadan kaldırıabilirler (ikâle). Mirasçılar açısından mülkiyeti elde etme nedeni olan ölünün yerine geçme bir olduğu için onlar birbirinin adına taraf olabilirler.

Mirasçılar
arasındaki
küçük için
yargıcın
vasiyet
görevlisi
ataması

Satın alınan bir
akarın, biri
mahkemede
hâzır olmayan
ortaklar
arasında
taksim
edilmesi

Bir konak miras olarak kalıp bunun üçte birisi vasiyet edilmiş olsa, mirasçılardan bazısı hazır, bazısı hazır olmasa ve mirasın üçte biri kendisine vasiyet edilmiş olan kişi terekenin paylaştırılmasını istese ve miras ile vasiyete dair delil getirirse, konak buna göre taksim edilir. Çünkü hazır olan mirasçılar, ölü ve diğer mirasçılar adına taraf olabilirler. Bu hususta vasiyetten yararlanan kişinin delili kabul edilir. Tanıklık kabul edilince konak aralarında delil gereği taksim edilir.

Miras ve vasiyet olarak geçen bir konağın taksimi

Bir konağın içinde bulunan evde ortak olan iki kişiden biri bunun paylaştırılmasını istese diğeri de bundan kaçınsa, oda küçük olup paylaştırıldığında, her iki taraf da kendisine düşen paydan yararlanamayacaksa, yargıç bu odayı taksim etmez. Çünkü bu koşullar altında evin paylaştırılmasını isteyen kişi kendine zarar vermeyi istemektedir. Ev taksim edilmeden önce ortaklardan her biri kendi payından yararlanabilmekte, paylaştırmadan sonra ise bu imkan ortadan kalkmaktadır. Bu durumda evin paylaştırılmasını isteyen kişi yalnızca zorluk çıkarmak ve karşı tarafa zarar vermeyi istemektedir. Yargıcın onun bu isteğini yerine getirmez.

Konak içindeki bir odanın paylaştırılması

[15/13]

Aynı şekilde iki kişi arasında ortak olan duvar ve hamam da taksim edilmez. Çünkü bunları paylaşmak zarar içermektedir. Paylaştırma ile her bir ortağın, sahip olduğu şeyin yararını elde etmesi amaçlanır. Halbuki duvar ve hamam taksim edildiğinde yarar ortadan kalkmaktadır. Çünkü paylaşım sonrasında ortaklar onlardan daha önce olduğu gibi yararlanamazlar. Bu nedenle yargıç bu malları ortaklar arasında taksim etmez. Çünkü yargıç yararı olmayan ve başkasına zarar veren tasarruflarla uğraşmaz. Ortaklar karşılıklı rıza ile bunları aralarında paylaşırsalar yargıç buna engel olmaz. Çünkü ortaklar kendi mülklerini telef etmeye giriştiklerinde yargıç onlara yargısal olarak engel olmadığı gibi karşılıklı rıza ile mülklerini paylaşmak istediklerinde de engel olmaz.

İki kişinin ortak olarak sahip oldukları bir konakta, ortaklardan birinin payı paylaşım durumunda yararlanılamayacak kadar az olsa, büyük pay sahibi evin paylaştırılmasını istediğinde, diğer kişi buna yanaşmasa bile biz Hanefilere göre yargıç paylaşır.

İbn Ebû Leylâ (r.h.a.) ise yargıcın bu durumda paylaşım yapmayacağını söylemiştir. Aynı şekilde büyük pay sahibi ortağın dışındakiler, paylaşım sonrasında kendi paylarından yararlanamazlar bile, büyük pay sahibinin istemi ile yargıç taksim eder. Küçük pay sahibi, paylaşım sonrasında payından yararlanamıyorsa onun istemi ile paylaşım yapılmaz.

İbn Ebû Leylâ (r.h.a.)'ya göre, paylaşım sonucunda bütün ortaklar paylarından yararlanabilir durumda olmadıkça, yargıç bazı ortakların istemi ile ortak mülkü paylaşmaz. Çünkü paylaşımın amacı yararlanmayı ortadan kaldırmak değil, yarar elde etmektir. Taksimde göz önüne alınması gereken husus, ortak mülkten yararlanma konusunda taraflar arasında adaleti sağlamaktır. Paylaşım sonrasında

ortakların bir kısmı mülklerinden yararlanamadığında, bu paylaşım tarafların zararına olarak yapılmış olur. Yargıç ortakları böyle bir şeye zorlayamaz. Bu, paylaştırmayı isteyen kişi paylaşım sonrasında kendi payından yararlanamıyorsa yargıcın taksime zorlayamadığı gibidir.

Biz Hanefilere göre ise paylaştırmayı isteyen, yargıçtan adaletli davranmasını istemekte, zarar vermek amacı taşımamaktadır. Çünkü o, yargıçtan mülkünden elde edilecek yararı sadece kendisine ait kılmasını, kendi payından başkalarının yararlanmasına engel olmasını istemektedir. Bu, adalet isteminde bulunmaktadır. Yargıç bu isteğe uymak zorundadır. Ancak taksimi isteyen ortak, paylaşırma sonrasında kendi payından yararlanamıyorsa yargıç bu isteğe uymaz. Çünkü bu kişi, zorlukla paylaştırmayı istemekle, kendi kendine zarar vermektedir. Yargıç bu maksatta olan kişiyi reddeder.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Paylaşırma sonrasında payı az olan kişinin mülkünden yararlanamaması, payı çok olan kişi nedeniyle değil, kendisinin payının azlığı nedeniyle. Payı az olan ortağın payından yararlanamaması çok paya sahip olan ortak açısından göz önüne alınmaz. Bu durum ile paylaşım sonrası her iki ortağın kendi paylarından yararlanabildiği durum eşittir.

Hâkim eş-Şehîd (rh.a.) *"el-Muhtasar"* adlı eserde şöyle der: "Paylaşırma sonucu yalnızca bir ortak zarar görüyorsa, hangisi istemde bulunmuş olursa olsun, ortak mülkü paylaşırırım." Ama bu görüş doğru değildir. Doğru olan yalnızca büyük pay sahibinin isteği olduğunda paylaşırılmasıdır. Bazı âlimler Hâkim (rh.a.)'in görüşünü doğru bularak şöyle demişlerdir: "Payı az olan ortak, paylaştırmayı istediğinde zarara razı olmuştur. Payı çok olan ortak da bu paylaştırmadan yararlanmaktadır. Bu nedenle yargıç mülkü paylaşırır." Ancak ilk görüş daha doğrudur. Çünkü payı az olan ortağın zarara razı olması yargıcı bağlamaz. Yargıç açısından bağlayıcı olan; ortağın adalet isteminde bulunması ve mülkünün yararını elde etmeyi istemesidir. Payı az olan ortağın isteminde bu bulunmamaktadır. Görmez misin paylaşırma sonrasında her iki ortak da kendi paylarından yararlanamıyorsa, yargıç onların birlikte yaptıkları paylaşırma isteğine cevap vermez. Paylaştırmayı isteyen kişi taksim sonrasında payından yararlanamadığında da aynı durum söz konusudur.

[15/14]

Erkekler, kadınlar, köle, Müslüman, Zimmî malın paylaşırılması konusunda eşittir. Çünkü taksim mülkiyet haklarındandır. Bununla amaçlanan mülkiyetin yararını elde etmektir. Söz konusu kişiler bu konuda eşittir.

İki kişi bir konağı paylaşır aralarında yol bıraksalar, bu taksim geçerli olur. Çünkü bu kimseler ortak mülkün bir bölümünü paylaşmış, diğer bölümü olan yolda ise ortaklığı devam ettirmeyi istemişlerdir. Parçayı bütüne kıyas etme prensibinden hareketle bu taksim geçerli olur. Ayrıca paylaşırmanın amacı, ortaklardan her birinin kendi payından yararlanmasıdır. Bu amaç, arada yolun

Mülkün bir kısmını paylaşır, bir kısmında ortaklığı devam ettirmek

bırakılması ile gerçekleşir. Paylaştırmının amacını gerçekleştiren şey, ona engel oluşturmaz.

Ortaklardan birinin payı diğerinden fazla ise paylaşırma ile ilgili konuların kaydedildiği belgede bunun açıklanması, aralarındaki yolun durumunun belirtilmesi gerekir. Çünkü ortakların konağın tümü üzerindeki ortaklıkları bundan böyle sadece yol üzerinde devam etmektedir. Ortakların daha önceki payları birbirinden farklı idi. Bu durum paylaşırma ile ilgili hususların kaydedildiği belgeye yazılmakla güvence altına alınır. Bu yapılmazsa payı az olan ortak, yola sahip olma konusunda diğerine eşit olduğunu iddia ederek, yolu kullanmada her ikisinin eşit olmasını buna delil olarak gösterebilir. Bu nedenle ihtiyatı sağlamak maksadıyla belge düzenlenir. Bu belgenin güvenceyi gerçekleştirecek biçimde yazılması gerekir.

Paylaşırma ile ilgili belge düzenlenmesi

Bir konak iki kişiye ait olup koridorunda/sofasında bir oda bulunsa, odanın kapısı salona/sofaya açılrsa, odanın damının atık suyu sofanın damına bağlı olsa ve ortaklar bu konağı paylaştıklarında kendisine sofa düşen kişi bu kısmı diğer bölümden ayırsa; paylaşımında yol veya su tahliye kanalı hakkından söz edilmemişse bakılır; odanın sahibi kendisine düşen kısma kapısını açabiliyor ve suyunu akıtabiliyorsa, daha önce olduğu gibi sofaya kapısını açmak veya suyunu akıtmak istediğinde bunu yapamaz. Ortaklardan her biri, "Bana düşen pay bütün hakları ile birlikte bana aittir." demiş olsun olmasın, hüküm aynıdır. Bu meselede paylaşırma ile satım farklı hükümlere tabidir. Bilindiği gibi kişi, bir odayı satıp akitte "irtifak haklarının tümü dahil olmak üzere" derse, yol ve artık su tahliye (mesil) hakkı sözleşmeye girer. Sözleşme sırasında bu belirtilmezse irtifak hakları akde girmez.

Taksim ve irtifak hakkı

Irtifak hakları açısından satım ile paylaşırma sözleşmeleri arasındaki fark şudur; Satışla amaçlanan, mülkiyeti elde etmektir. Satın alanın amacı satın aldığı şeyden yararlanmaktır. Bu da ancak yol ve atık su tahliye hakkı ile tamam olur. Ancak bu irtifaklar satın alınan şeyin sınırları dışında bulunduğundan "bütün haklar ve irtifakları dahil olmak üzere" diye ayrıca belirtmedikçe yalnızca evi anmakla sözleşmeye girmez. Paylaşırma ise amaç ortakların mülklerini birbirinden ayırmak, her ortağın başka bir kişi olmaksızın kendi payından yalnız olarak yararlanmasını sağlamaktır. Bu amaç, ortakların paylarını birbirinden tamamen ayırmak için, yol ve tahliye hakkı paylaştırmaya girmediğinde de gerçekleşir. Bu nedenle paylaştırmada haklar ve eklentiler anılsa bile bunlar paylaşımına girmezler.

Satım ile paylaşırma arasındaki farkı şu husus daha da açıklamaktadır: Satım sözleşmesi ile kâr elde etmek amaçlanır. Bu ise satılan şeyin değeri ile ilgilidir. Satılan şeyin değeri, yolun ve tahliye haklarının sözleşmeye girip girmemesine göre değişir. Sözleşmede bunlar açıkça belirtildiğinde tarafların bunu amaçladığı anlaşılmış olur. Paylaştırmada ise amaçlanan şey kâr elde etmek değil, payların

[15/15]

birbirinden ayrılmasıdır. Haklar ve eklentiler, paylaşırma sırasında belirtildiğinde, birinin diğerine ait mülkte yol ve boşaltma hakkı kalmayacak şekilde mülklerin birbirinden ayrılmasını istedikleri kesin olarak anlaşılır.

Yukarıda belirttiğimiz durumda ev sahibinin başka taraftan yol açma veya suyunu akıtma imkanı yoksa, paylaşırmanın kaydedildiği belgede her bir paydaşın kendi payına bütün hakları ile birlikte sahip olacağı belirtilmişse, bu paylaşırma geçerli olur. Ev sahibinin yolu salondan ve su tahliye hakkı da salonun damından olmaya devam eder. Eğer belgede haklar ve eklentiler belirtilmemişse yapılan paylaşırma, satışın aksine geçersiz olur. Satış akdinde hukuk ve irtifak hakları belirtilmese de akit geçerli olur. Çünkü satış akdinde mala sahip olmak amaçlanmaktadır. Yol ve atık su tahliye hakkının bulunmaması nedeni ile satın alınan şeyden yararlanmak çok zor olsa bile mala sahip olma amacı, satın alan açısından gerçekleşmektedir. Nitekim binilemeyecek derecede küçük bir tay veya ziraate elverişsiz tuzlu bir arazi satın alındığında da bunlardan yararlanmak imkansız olsa bile satış geçerli olur. Diğer taraftan satım akdinde alıcı yol ve atık su boşaltma hakkının sözleşmeye girmesini ayrıca belirtmemekle kendi hakkını korumamıştır. Kendisinin korumadığı hak, başkası tarafından korunmaz. Paylaşırma ise amaçlanan şey her bir paydaşın kendi payından tek başına yararlanma hakkını elde etmesidir.

Bir paydaşın paylaşım sonrasında payında dışarıya açılan yol ve atık su boşaltma kanalı açması imkansız duruma geliyorsa, yapılan paylaşırma zarar doğurduğundan, haklar ve eklentiler anılmamışsa geçerli olmaz. Ancak paylaşırma sırasında irtifak haklarının da paylaşırma girdiğini belirtmişlerse, bunlar olmadan paylaşımın geçerli olmayacağını bildiklerinden, paydaşların yol ve atık su boşaltma hakkının sözleşmeye girmesini, akdi geçerli kılmak üzere istedikleri anlaşılır olur. Önceki mesele ise böyle değildir.

Bu şöyle açıklanabilir: Paylaşırma göz önüne alınan şey taraflar arasında mülkten yararlanma konusunda karşılıklı adaleti gerçekleştirmektir. Paydaşların birinin yol ve atık su boşaltma hakkı bulunmadığında, yararlanmada adalet gerçekleşmemiş olur. Dolayısıyla da paylaşırma geçerli olmaz. Nitekim bir kişi binmek üzere küçük bir tay veya ekmek üzere tuzlu bir arazi kiralasa, elde edilmek istenen yarar bulunmadığı için bu kira sözleşmesi geçerli olmaz.

Eğer "Buna göre paylaşırmanın geçerli olabilmesi bakımından, taraflar hakları ve irtifak haklarını ayrıca belirtmeseler de, yol ve su boşaltma hakkının paylaşırma girmesi gerekir. Nitekim kişi bir arazi kiraladığında, ayrıca belirtmese bile tarladan elde edilmek istenen yararı sağlamak için sulama ve yol hakkı bu kira sözleşmesine girer." denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Kira sözleşmesinde sulama ve yolun yeri akit kapsamında değildir. Bununla birlikte kiralanan şeyden yararlanmak bunlarla mümkündür. Malı kiraya veren kişi, ancak kiracı bu maldan

yararlandığında ücrete hak kazanır. Bu bakımdan sulama hakkının sözleşmeye girmesi her iki tarafın yararınadır. Paylaştırmada ise yol ve su kanalı paylaştırmaya girmektedir. Paylaştırma her bir paydaşın kendi payına tek başına sahip olmasını gerektirir. Ortaklardan birinin, diğer ortağa ait payda hakkı bulunduğunu söylersek söz konusu kimse bundan zarar görür. Rızası olmadığı halde onun bu zarara katlanmasını istemek caiz olmaz. Razi olduğu, ancak paylaştırmaya irtifak haklarının da dahil olduğu koşul konulunca anlaşılır. Bu nedenle irtifak hakları ayrıca belirtilmedikçe paylaştırmaya girmez.

Paydaşlar, aralarında bir yol bıraksalar ve bu yol üzerinde bir gölgelik bulunsa, bir paydaşın yolu bu gölgeğin üstünden olsa, ama onun geçmekle birlikte başka bir yol açma imkanı bulunsa bile, diğer ortak bu kişinin gölgeğin üstünden gelip geçmesine engel olamaz. Çünkü yolun aslı, aralarında ortaktır. Yolun alt tarafından gelip geçme hakkına sahip oldukları gibi üstünde de aynı hakka sahiptirler. Bu yoldan geçen kişi bununla diğer ortağın payında kendisi için yeni bir hak kazanma amacıyla değildir. Aksine o, yalnızca kendi hakkını kullanmayı istemektedir. Bundan dolayı daha önceki meselenin aksine burada bu kişiye engel olunamaz. Çünkü önceki meselede bir kişi, diğerine ait olan mülkte kendisi için yol ve su boşaltma hakkı edinmeyi istemektedir. Buna hakkı yoktur.

[15/16]

Ebû Hanîfe (r.h.a.) şöyle derdi: "Yalnızca üst kat ve yalnızca alt katın paylaşımında alt katın bir zirâ'³ üst katın iki zirâ'ına denk olarak hesaplanır".

Apartman Paylaşımı

Ebû Yusuf (r.h.a.)'a göre üst kat da alt kat da yarım zirâ' üzerinden hesaplanır. Sonra toplam olarak ne kadar geldiğine bakılır. Toplamın yarısı bu hesaptan düşülür.

Muhammed (r.h.a.)'e göre ise alt kat ve üst kat değerlerine göre paylaştırılır.

Denildiğine göre Ebû Hanîfe (r.h.a.), Kûfelîlerin alt katı üst kata tercih etmeleri âdeti üzerine, Ebû Yusuf Bağdatlıların oturma konusunda alt ile üstü bir tutmaları üzerine bu hükümleri vermişlerdir. Muhammed (r.h.a.) ise bu konuda bölgeler arasında farklı anlayışların bulunduğunu görerek paylaşımının katların değeri üzerinden yapılacağını söylemiştir.

Bir başka görüşe göre ise imamların bu şekilde farklı hükümler vermeleri bir başka temele dayanmaktadır. Şöyle ki; Muhammed ve Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre alt katta oturan kişinin hem oturma hem de bina hakkı olmak üzere iki yararı bulunmaktadır. Çünkü alt kat sahibi yerin altına bodrum yapmak istediğinde üst kattaki kişi buna engel olamaz. Üst katta oturan kişinin ise yalnızca oturma hakkı bulunmaktadır. Bu kişi üste bir kat daha yapmak istediğinde alt katta oturan buna engel olabilir. Paylaştırmada göz önünde bulundurulması gereken, tarafların

³ Zirâ', Omuzdan veya dirsekten parmak ucuna kadar olan kısım. Dilimizde "arşın" olarak bilinen takriben 68 santimetrelilik uzunluk ölçüsü.

yararları arasında adaleti sağlamaktır. Bu nedenle alt katın bir zirâ'ı üst katın iki zirâ'ına denk sayılmaktadır.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: Alt katta oturan kişi, üst kattakine zararı olmadığı sürece bodrum yapma hakkına sahip olduğu gibi, alt kattakine bir zararı olmadığı zaman üst katta oturan da bir kat daha çıkabilir. Şu durumda taraflar yarar bakımından birbirine eşit olmaktadır. Bu nedenle alt katın bir zirâ'ı üst katın bir zirâ'ına denk olarak hesaplanır.

Ebû Yusuf (rh.a.) görüşünü şu şekilde delillendirmektedir: Alt kattaki kişi kendi mülkünde tasarrufta bulunabildiği gibi üst kattaki de kendi üstüne bir kat çıkabilir. Üst kat ile alt kat arasındaki bağlantı, yan yana bulunan iki ev arasındaki bağlantı gibidir. Bu nedenle kat malikleri birbirine zararı olmayacak şekilde tasarrufta bulunma hakkına sahiptirler.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Alt kat sahibi, bodrum yapmakla arazi üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Arazi tamamen onun mülküdür. Üst kattaki ise bir kat daha çıktığında alt kat sahibinin duvarına dayanmaktadır. O da alt kat sahibine aittir. Çıkan kat mutlaka alt katta oturan kişinin duvarına dayanmak durumundadır. Bu durum derhal anlaşılmasa bile daha sonra açıkça görülmektedir. Şu durumda üst kat sahibi alt kattakinin rızası olmadan bunu yapma hakkına sahip değildir.

Muhammed (rh.a.) bu konuda Ebû Yusuf (rh.a.) ile aynı görüşü paylaşmakla birlikte paylaşırma konusunda katların değerinin esas alınması görüşünü kabul etmektedir. Çünkü alt ve üst kat binadır. Binanın paylaşılmasında taraflar arasında adaleti gözetmek kolaydır. Ayrıca bazı bölgelerde üst kat, alt kattan daha değerli olabilir. Nitekim Mekke ve Mısır'da böyledir. Başka bölgelerde ise alt kat üstten daha değerli olabilir. Küfe'de böyledir. Denildiğine göre toprağın nemli olduğu bölgelerde üst kat alta tercih edilir. Soğukun çok, rüzgârın şiddetli olduğu bölgelerde de alt kat üste tercih edilir. Bu durum zamana göre de değişiklik gösterebilir. Bu durumda adaleti gerçekleştirmek ancak katların değerini esas almakla mümkün olabilir. İşte bundan dolayı Muhammed (rh.a.) üst ve alt katların değerleri esas alınarak paylaşılması konusunda istihsan deliline göre hüküm vermiştir.

Bu mesele iki bölümde açıklanabilir:

Birincisi; iki kişi üst tarafı başka bir kimseye ait olan alt katta ortaktırlar. Alt tarafı başka bir kimseye ait olan üst katta ortak olsalar ve evi paylaştırmayı isteseler Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre taksim bir zirâ', bir zirâ' karşılığında hesaplanır.

İkincisi; İki kişiye ait olup paylaşılması istenen ev; üst katı bulunan bir alt kat, üstü başkasına ait olan bir alt ve altı başkasına ait olan bir üstten oluşmakta ise Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre alt katı bulunmayan üstün yüz zirâ'ı evin tamamının üçte biri ile otuz üç zirâ'ına denk olur. Üstü bulunmayan alt katın yüz zirâ'ı evin

tamamının üçte ikisi ile altmış altı zirâ'ına denk olur. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre daha önce de geçtiği üzere üst kat alt katın yarısına denk olur.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre evin tamamının elli zirâ'ı, üstü bulunmayan alt katın ve altı bulunmayan üst katın yüz zirâ'ına denk olur. Çünkü Ebû Yusuf'a göre üst ve alt birbirine eşittir. Evin elli zirâ'ı yüz zirâ'ına denk olur. Bunun elli zirâ'ı alt kat, elli zirâ'ı da üst kattır.

Muhammed (rh.a.) bu meselelerin tümünde katların değerine itibar etmektedir. Fetva da buna göredir.

Bir kaç ev bir grup insan arasında ortak olup onlardan birisi kendi payına karşılık evlerden birinin kendisine verilmesini ister, diğer ortaklar bundan kaçınırsa Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre yargıç her bir evi ortaklar arasında ayrı ayrı paylaştırır (kısmet-i tefrik). Ortaklar birbiri ile anlaşmadıkça birinin payı diğerine eklenmez.

Kısmet-i cem' ve kısmet-i tefrik

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu konuda takdir yetkisi yargıca aittir. Yargıç bu konuda bir inceleme yapıp bakmalıdır; bir ortağın payı bir evde toplandığında bu işlem paylaştırma açısından adalete daha uygun oluyorsa yargıç bunu yapar. Çünkü taksimde göz önüne alınacak olan yarar ve değer bakımından adaleti sağlamaktır. Amaç ortakların zararını ortadan kaldırmaktır. Her bir ev tek tek ortaklar arasında paylaştırıldığında (kısmet-i tefrik), paylar dağıldığı için bütün ortaklar bundan zarar görebilirler. Mülkün tamamı tek bir paylaştırma ile (kısmet-i cem') paylaştırıldığında her bir ortağın payı bir evde toplanır. O kişi de bu evden yararlanabilir. Yargıç insanların yararını gözetmek üzere atanmıştır. Bu nedenle ihtihada açık konularda kendi ihtihadına göre hüküm verdiği gibi burada da tarafların yararına olacak şekilde hüküm verir. Ayrıca evler, kendilerinden beklenen yarar, yani oturma bakımından aynı olduklarından hüküm bakımından da bir cins kabul edilirler. Aynı cinsten olan şeyler ortaklar arasında bir defada bölünür. Nitekim koyun sürüsü ve Herat kumaşı da bu şekilde paylaştırılır. Ancak evlerden elde edilen oturma yararı, bölgeden bölgeye ve mahalleye göre değişiklik gösterir. Bu açıdan bakıldığında evler farklı cinsten kabul edilirler. Deliller birbirine zıt olduğunda yargıç takdir yetkisine sahiptir. Delillerden birini inceleme sonucu diğerine üstün tutar.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: Evler farklı cinstendir. Bunun delili şudur: Evlilik sözleşmesinde evler mutlak olarak (hangisi olduğu belirtilmeden) anılmakla mehir olarak sabit olmaz. Nitekim kişi bir kadınla bir ev karşılığında evlense tıpkı bir kumaş karşılığında evlenmiş gibi olur. Yine kişi birisini bir ev satın almak üzere vekil atasa bu atama geçerli olmaz. Satın alınacak şeyin cinsini bildirince nitelikteki bilinmezlik vekilliğin geçerli olmasına engel oluşturmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki evler farklı cinslerdendir. Farklı cinsten olan şeyler ancak ortakların karşılıklı anlaşmaları ile tek bir defada paylaştırılır. Çünkü farklı cinslerin paylaştırılmasında muâvaza (karşılıklı olarak bedelli değişim) yönü, ifrâz (mülklerin ayrılması) yönüne

[15/18]

ağır basmaktadır. Bedelli değişim ise rızaya dayanır. Tek bir cinsten olan şeylerin paylaştırılmasında; ifraz yönü, bedelli olma yönüne ağır basar. Bu nedenle yargıç bu konuda yetki sahibidir.

Evlerin paylaştırılmasında bedelli değişim yönü daha ağır basmaktadır. Çünkü paylaştırma öncesinde her bir ortağın payının farklı yerlerde olduğu kesin olarak bilinmektedir. Bu payların tümü tek bir yerde toplandığında bu bedelli değişim yolu ile olmuş olur. Yargıç her bir zirâ' (arşın) yeri ayrı olarak paylaştırdığında ifraz yönü daha ağır basar. Çünkü taksim öncesinde olduğu gibi daha sonra da ortakların payları farklı yerlerde olmaya devam eder. Paylaştırmamanın amacı her bir ortağın kendi mülkünden yararlanmasına imkân sağlamaktır. Bu nedenle mutlaka yararlanma bakımından taraflar arasında adaletin gerçekleşmesine bakılmalıdır. Evlerden yararlanma konusundaki farklılık büyük bir farklılıktır. Çünkü evlerden elde edilen yarar; bölgelere, mahallelere, komşulara, evin suya yakınlık veya uzaklığına, sınıra yakın olup olmamasına göre değişmektedir. Dış görünüşe göre evler tek bir paylaştırma ile –her bir ortağın payı farklı evlere karşılık olacak şekilde- taksim edildiğinde yargıcın taraflar arası adaleti sağlaması imkânsız duruma gelir. Her bir evi ayrı ayrı paylaştırmak adalete daha uygundur.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre evler üç türlüdür:

- 1- Dâr (Bütün eklentileri ile birlikte konak)
- 2- Beyt (Oda)
- 3- Menzil (Ev / hane)

Dâr'lar (konaklar) ayrı ayrı olsun, birbirine bitişik olsun Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ortakların rızası olmadıkça tek bir taksim ile (kısmet-i cem') paylaştırılmaz. Beyt (Odalar) birbirinden ayrı olsun veya bir yerde toplu durumda bulunsun tek bir taksim ile bölünebilir. Çünkü oda, oturma yararı bakımından birbirinden farklılık göstermez. Beyt, tek bir oda ve bodrumdan (dehliz) oluşan yere verilen isimdir. Âdeten bunlar birbirinden farklılık göstermez. Görmez misin tüm mahallelerde odalar aynı ücret karşılığında kiralanır. Bu nedenle de tek bir taksim ile paylaştırılır. Menzil (hâneler) bir konak içinde toplu ve bitişik olarak bulunuyorsa bir taksim ile paylaştırılır. Birbirinden ayrı ise aynı mahallede veya konak içinde bir kısmı en uzakta bir kısmı yakında olsa bile, her bir hane ayrı olarak paylaştırılır. Çünkü menzil (hâne), beytten (oda) büyük, dâr'dan (konak) küçüktür. Evler içinde oturma yararı yönünden birbirinden farklıdır. Ancak bu farklılık, konutlardaki farklılıktan daha aşağıdır. Bir bakıma beyte bir bakıma da dâra benzemektedir. Beyte benzemesi yönünden; birbirine bitişik olduğunda tek bir taksim ile paylaştırılacağını söyledik. Çünkü tek bir yerde bulunduğu farklılık azalır. Dâr'a benzemesi yönünden; farklı yerlerde olduğunda tek bir paylaştırma ile taksim edilemeyeceğini söyledik.

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.) bu meselelerin tümünde "Yargıç adalete en uygun olan paylaşırma şeklini araştırır. Taksimi de buna göre yapar." derler.

Ortaklar binanın değerini belirlemede anlaşmazlığa düşerlerse, âlimlerden bir kısmına göre, bina arsanın belli bir zirâ'ına karşılık olarak hesaplanır. Diğer bazı âlimlere göre ise dirhem (parasal) değeri ile hesaplanır. Doğru olan görüşe göre kolay olması durumunda yargıç zirâ' hesabına göre (arsanın yüz ölçümüne göre) taksim eder. Çünkü miras bırakan kişi öldüğünde geriye dirhemler değil, araziyi miras bırakmıştır. Yargıcın yetkisi mirası paylaştırmaktır. Paylaşırma işlemini yüz ölçümünü esas alarak yaptığında kendi yetkisinin sınırları dahilinde bir tasarrufta bulunmuş olur. Taksimi parasal değere göre yaptığında yetkisinin sınırları dışında bir tasarrufta bulunmuş olur. Diğer taraftan ortaklardan bir kısmı dirhem bulup ödeme imkanına sahip olamayabilir. Bu durumda yargıcın paranın ödemesi ile yükümlü kılma yetkisi yoktur.

Taşınmaz malların paylaşımında para unsurunun devreye girmesi

[15/19]

Bu meseleyi şöyle açıklayabiliriz: Paylaşırma, bina ve para karşılığında olmak üzere yapıldığında, payına bina düşen kişi diğerine para borçlanır. Belki de o para bulamaz o zaman bina kendisine düşen bir kişi payına hemen kavuşur. Diğer ortağın payı ise parayı ödeyinceye kadar gecikir. Bu durumda taraflar arası adalet gerçekleşmez. Paylaşırma arsadan bir miktar üzerine yapılırsa her ortak payını derhal alır. Paylaşırma tamamlanır. Ortakların birbiri üzerinde hakkı kalmaz. Bu çeşit paylaşırma binadaki pay karşılığında olmak üzere yapılan paylaştırmadan daha iyidir.

Biz Hanefilere göre yüz ölçümüne göre taraflar arası adaleti gerçekleştirmek mümkün olmadığında yargıç para hesabı ile taksim yapabilir.

Mâlik (r.h.a.) ise taraflar anlaşmadıkça veya ödenecek dirhemlerin miktarı az olmadıkça yargıcın bunu yapamayacağını söylemiştir. Çünkü para üzerinden yapılan paylaşırma tamamen bedelli bir işlemdir. Çünkü bu paylaştırmada, bir ortak diğer ortağın ödeyeceği para karşılığında binadaki payını satmaktadır. Taraflar razı olmadıkça yargıcın taraflar adına bedelli akit yapma yetkisi yoktur. Ancak ödenecek para az ise, ihtiyaç ve zaruret nedeni ile bu da yargıcın yetkisinin sınırlarına dahil olur.

Bizim âlimlerimiz ise şöyle demektedirler: Ödenecek paranın az olmasında bir ihtiyaç olduğu gibi, çok olması durumunda da bu ihtiyaç bulunabilir. Çünkü ortaklardan birinin binadaki payının değeri bütün arazinin değerinin bir kaç katı olabilir. Bu durumda binanın değeri karşılığında arazinin yüz ölçümü hesabıyla taksim imkanı ortadan kalkmaktadır. Veya arazinin tamamı bir kişiye düştüğünden ev sahibi, arazi olmadan binasından yararlanma imkanı bulamaz. Ev sahibi binasını kaldırıp başka yere taşımakla yükümlü tutulursa evinden yararlanma imkanı ortadan kalkar. Bu nedenle biz zaruret durumunda binaya karşılık para takdiri ile

paylaştırılacağını söyledik. Çünkü yargıcın ortak mülkü paylaşırma yetkisi, paylaştırmanın mümkün olması için mutlaka gerekli olan şeyleri de kapsar.

Bu, şuna benzer; her ne kadar malî konularda tasarruf, vasiyet görevlisine ait olsa da babanın (tayin ettiği) vasiyet görevlisi bulunurken dedenin torununun mehrini belirlemesi, geçerli olur. Aynı şekilde erkek kardeş mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Bununla birlikte evlendirme yetkisine sahip olduğu için mehri belirleme yetkisine de sahip olmaktadır.

**Taşınmaz
mülkün
paylaşımında
ortak yol
bırakılması**

Ortaklar yol konusunda anlaşmazlığa düşüp içlerinden bir kısmı "ortak bir yol bulunsun" deyip diğerleri de "ortak yol bulunmasın" deseler yargıç bakar; Eğer her bir ortağın kendi payında yol açması mümkün ise, ortak mülkü yol ayırmaksızın taksim eder. Eğer her bir paydan yol açılması imkanı yok ise, aralarında ortak olmak üzere bir yol bırakır. Çünkü paylaştırmanın amacı her bir ortağın kendi mülkünün yararını tam olarak elde etmesidir. Zaten yol, diğer arazi gibi aralarında ortaktır. Her bir ortağın kendi payında yol açması mümkün olmakta ise "aramızda ortak yol bulunmasın" diyen ortak, bütün mülkün paylaşılmasını istiyor demektir. Tarafların yararları arasında adaleti gözeterek bu paylaşımı yapmak mümkündür. Bu nedenle de yargıç bu isteme olumlu cevap verir. Eğer her bir ortağın kendi payında yol açma imkanı bulunmamakta ise yolun bulunduğu bölgeyi paylaşmak, ortakların mülklerinden yararlanmasını engeller. Bu ise paylaşırma ile amaçlanan şeye aykırıdır. Bu durumda "Yol bulunmasın" diyen kişi zarar vermek istemektedir. denirse:

[15/20]

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Yalnızca yolun bulunduğu alan kişiler arasında ortak olup, onlardan bir kısmı bunun paylaşılmasını istese ve bu paylaşırma tüm ortaklara zarar verse, yargıç bu isteğe karşılık vermez. Paylaşırma isteyen ortağın yararı bulunmakta ise, yargıç bu isteğe olumlu cevap verir. Taraflar hem yol hem de mülkün kalanında ortak olduklarında da aynı hüküm geçerlidir.

Taraflar yolun genişlik ve darlığında anlaşmazlığa düşseler; yol, evin kapısının eni ve boyunda olmak üzere onlara yeterli olacak en dar biçimde bırakılır. Çünkü evin kapısında taraflar görüş birliği durumundadır. Anlaşmazlığa düşülen konular, anlaşma durumunda olanlara döndürülerek çözülür. Diğer yandan yolun evin kapısından geniş olarak bırakılmasında bir yarar yoktur. Çünkü evin kapısından sığmayan bir yük bu yolda taşınmaz. Yolun eni evin kapısından daha dar olursa ortaklar zarar görürler. Oysa ortakların her biri bu yoldan evinin kapısından sığabilecek eşya taşımayı istemektedirler. Bu nedenle yol onların arasında evin kapısının en ve boyunun büyüklüğünde olur.

Paylaşırma sonucu duvar bir kişinin payına düşse ve bu duvarın üzerinde diğer paydaşa ait kirşler bulursa, paylaştırmanın bu koşullar altında olacağı belirtilmiş olsun veya olmasın duvar ve kirşler olduğu gibi bırakılır. Çünkü paylaştırmanın tamamlanması sırasında bu şekilde bulunmaktaydı. Duvarın

mülkiyeti bir kişiye ait olup, diğerinin de girişlerini duvarın üzerine koyma hakkı bulunabilir. Bu nedenle girişler olduğu gibi bırakılır. Ancak paylaştırmada girişlerin kaldırılması koşul konulmuşsa الشَّرْطُ أَمْلَكَ "Koşul, uyulmaya daha layıktır."⁴ hadisinden dolayı bu koşula uymak gerekir. Evin kubbesinin ayaklarının veya merdivenin diğerinin duvarı üzerinde olması durumunda da aynı durum söz konusu olur. Yine direğin üstüne giriş konulmasında da hüküm aynıdır. Aynı şekilde üst kat sahibinin, alt kata bakan balkon bulunsa, taksim anında koşul koymadıkça bunu kapattıramaz. Çünkü bu şeylerin, başkasının duvarında kalması bir insanın hakkı olabilir. Aralarında taksim işlemi bu şekilde tamamlandığında bulundukları durum üzere bırakılması gerekli olur. Görmez misin ortaklardan birine üst kat, diğerine alt kat düşse alt katın sahibi üst katı yıktıramaz.

Ortaklardan birine arazi düşer, diğerinin girişlerinin uçları bu arsaya uzansa arsa sahibi bunları kesmek istediğinde bakılır; eğer bunlar arsada bina yapılmasına engel oluşturmuyorsa arsa sahibi bunları kestiremez. Çünkü başkasının arazisinde girişlerin bu şekilde kalması, sahibinin hakkı olabilir. Eğer girişler bina yapılmasına engel oluyorsa arazi sahibi diğerini bunları kesme veya arsanın, üstünü (havasını) mümkün olduğu kadar boşaltmaya zorlayabilir. Çünkü bu durumda o, başkasının mülkünde hak olamaz. Çünkü giriş bu şekilde terkedildiğinde arsa sahibi bina yapmak suretiyle mülkünden yararlanamaz.

Ortaklardan birinin payına düşen ağacın dalları diğerinin payına sarkıyorsa Rüstem'in Muhammed (rh.a.)'den naklettiğine göre arazi sahibi bu dalları kestirebilir. Çünkü bu dalları bırakma konusunda kişi hiç bir şekilde başkasının mülkünde bir hak sahibi olamaz. Ibn Semâa'nın Muhammed (rh.a.)'den naklettiğine göre ise dallar olduğu durum üzere bırakılır. Çünkü ağaç sahibi paylaşırma sonrasında ağacı dalları ile birlikte hak etmiştir. Ağacı bulunduğu durum üzere bırakmak tıpkı kubbe ayağını (kemerini) ve merdiveni bırakmak gibidir.

[15/21]

Ortaklardan birine paylaşırma sonucu evin diğer odalardan ayrı olan bir odası (maksûre), diğerine de yolu bu odadan üst katta geçen bir ev düşse, paylaşırma sırasında yolu belirtmeseler diğer ortağın odadan geçme hakkı yoktur. Çünkü bu kişi, herhangi bir zararla karşılaşmaksızın kendi payında yol açabilir. Paylaşırma, ortakların paylarını birbirinden ayırmak için yapılır. Bu ayrışmanın gerçekleşmesi, ortaklardan birinin diğerinde hakkı kalmadığında olur. Herhangi bir zarar olmadan bu yapılabiliriyorsa paylaşırma bu göre yapmak gereklidir.

Paylaşırma sonrasında ortaklardan birine arazi düşse ve o da burada bina yapmak istese, diğeri de "Sen eve hava ve güneş girmesine engel oluyorsun." diyerek bunu engellemeye çalışsa, arazi sahibi dilediği şekilde binasını yapar.

⁴ Abdurrezzak, *Musannef*, VI/226; Said b. Mansûr, *Sünen*, I/182; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/315.

Kişinin kendi mülkünde tasarruf etme serbestisi ve bunun sınırlandırılması

Çünkü arazi kendi mülküdür. Hak tamamen kendisine aittir. İnsan kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Komşusu bunu engelleyemez. Arazi sahibi arazisinde hamam, fırın ve tuvalet yapabilir. Çünkü bu kişi tamamen kendi mülkünde tasarrufta bulunmaktadır.

Görmez misin paylaştırma sonunda arsayı alan kişi burada değirmen yapmak istese veya demircilik ve çamaşırcılık yapmak istese diğer kişi buna engel olamaz.

Özetle söylemek gerekirse tamamen kendisine ait bir mülk üzerinde tasarrufta bulunan kişi, bu tasarruf başkasına zarar verse bile hüküm olarak (kanûnen) bundan engellenemez. Görmez misin kendi dükkanında ticaret yapan bir kişinin bu faaliyeti sonucu bazı tacirler zarar etse bile onlar buna engel olamazlar. Yine dükkan sahipleri gelip geçen atların tozlarından rahatsız olsalar bile veya gelip geçenler dükkanlarda yakılan ateşin dumanından rahatsız olsalar bile, bunlara engel olunmaz. Kişi, kuyusunun suyu biter diye başkasının tarlasını sulamasına engel olamaz. Bütün bunlardan anlaşılmaktadır ki mülk sahibi, kendi mülkünde tasarrufta bulunma konusunda serbesttir. Bununla birlikte komşusuna zarar verecek davranışlardan uzak durursa bu daha güzel olur. Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَا رَأَى جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يُوصِي بِالْجَارِ حَتَّى ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُورَثُهُ

"Cebrail (a.s.) bana komşuya iyilik etmeyi tavsiye edip durdu. Neredeyse komşuyu komşuya mirasçı kılacak sandım."⁵

Kötü komşuluktan kaçınmak dînen gereklidir. Ancak hüküm bakımından (kanûnen) kişi bunu yapmaya zorlanamaz. Bu durumda yapılacak şey, zarar gören kişinin kendisinden zararı giderecek ve diğer kişinin amacına engel olacak şekilde mülkünde tasarrufta bulunmasıdır.

Rivayet edildiğine göre bir adam Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye gelerek "Komşum benim duvarımın yanına buzluk yaptı." demiş, Ebû Hanîfe de ona "Sen de duvarın yanına bir fırın yap. Böylece onun buzları erir." demiştir.

Buna göre Muhammed (r.h.a.) "el-Asl" da şöyle demiştir: Bina sahibi binasının üst katında bir kapı veya pencere açsa, bitişik arsa sahibi bundan zarar görse bile engel olamaz. Çünkü kapı ve pencere duvarın bir kısmını ortadan kaldırmak suretiyle olur. Kişi binanın tümünü ortadan kaldırırsa bitişik arsa sahibi buna engel olamaz. Bu durumda kapı ve pencere açmaya hiç engel olamaz. Ancak arsa sahibi isterse buna karşılık kendi arsasında diğerinin kapı ve penceresini örtecek bir şey yapabilir. Pencere sahibi buna engel olamaz. Karşılıklı iki ev ve komşunun durumlarında da aynı hükümler geçerlidir.

⁵ Buhârî, Edeb 28; Müslim, Birr ve Sıla 141; İbn Mâce, Edeb 4; Ebû Dâvûd, Edeb 122; Tirmizî, Birr ve Sıla 28.

Bir kişi kendi mülkünde kanalizasyon veya su çukuru kazar da diğerinin duvarı bundan nemlenir ve o kişi bu kuyunun kaldırılmasını isterse kuyu sahibi buna zorlanmaz. Çünkü kuyu kazan kişi tamamen kendisine ait olan bir mülk üzerinde tasarrufta bulunmuştur. Bu kuyu yüzünden diğerinin duvarı yıkılırsa bunu ödemesi gerekmez. Çünkü kuyuyu kazan kişi, duvarın yıkılması konusunda yetkisini aşan bir davranışta bulunmamıştır. Zarara neden olan kişi, yetkisini aşan bir davranışta bulunmuşsa bu davranış sonucu telef olan şeyi ödemez. Nitekim kişinin kendi mülkünde kazdığı kuyuya bir kişi düşse, kuyuyu kazan onun diyetini ödemez.

[15/22]

İki kişi bir evi paylaşıp birisi bir bölümünü diğeri de bir bölümünü alsa, ortaklardan birinin payına duvar düşse ve duvarın görünen kısmı iki tuğla, temeli de dört tuğlaya dayansa, temeldeki tuğlalardan birisi diğer ortağın payına düşmüş olsa, duvar sahibi "Benim duvarımın temeline giren tuğlaların yerini senin payından alacağım." dese bunu yapma hakkı yoktur. Duvar sahibi yalnızca duvarın toprağın üstünde bulunan kısmına sahip olur. Çünkü taksimle onun payına düşen, duvardır. Duvar da yerin üstünde görünen yapıdır. Üzerinde yükselen yapı bulunmayan, yerin altındaki temel ise topraktır, duvar değildir. Toprak da diğer kişinin payına düşmüştür. Duvarın sahibi ona hak kazansa duvarının harîmi⁶ olarak hak kazanır. Halbuki duvarın harîmi olmaz.

İki kişi aralarında ortak olan bir veya iki evi paylaştıklarında komşunun şuf'a hakkı olmaz. Çünkü bu kişiler birbirinin ortağıdır. Şuf'a hakkında ortak, komşudan önce gelir. Görmez misin ortaklardan birisi kendi payını diğer ortağa satmış olsa idi komşunun şuf'a hakkı olmazdı. Ayrıca tek bir evin paylaşımında mülklerin birbirinden ayrılması (temyiz), bedelli değişim (mübâdele) özelliğinden daha üstündür. Oysa şuf'a, malın malla bedelli olarak değişilmesi durumlarına özgüdür.

Ortak taşınmazın paylaşımında şuf'a hakkı

İki kişi aralarında bir evi paylaştıran ortak olarak bir yol bıraksalar, daha sonra bu yolun da paylaştırılmasını isteseler eğer yolun paylaştırılması herhangi bir zarara yol açmıyorsa paylaştırılır. Fakat yolun paylaştırılması düzenli olmaz ve taraflardan birisi kendi payında yol açma imkanı bulamaz ise, bu durumda yol paylaştırılmaz. Çünkü bu durumdaki paylaştırma zarar içermektedir. Halbuki paylaştıranın amacı her bir ortağın yararını ortadan kaldırmak değil, yararlarını tam olarak elde etmelerini sağlamaktır.

Ortak yolun paylaştırılması

(İki kişi aşağıda sayılan durumlarda paylaştırma konusunda karşılıklı olarak anlaşılırsa bu şekilde yapılan taksim geçerli olur;)

- Ortaklardan birisi bir konak, diğeri de başka bir konaktan bir ev almak üzere,

⁶ Bir mülkten yararlanabilmek için çevresinde bulunan alan. Mesela bir kuyudan su çekmek veya hayvanları sulayabilmek için, kuyu çevresinde belirli bir alan harîmdir.

Farklı
cinslerden olan
mallarda,
hukuken
geçerli olan
paylaştırma
örnekleri

- Ortaklardan birisi bir konak, diğeri de başka bir konağın yarısını almak üzere,
- Ortaklardan her biri bir evden bağımsız olarak miktarı bilinen paylar almak üzere,
- Ortaklardan birisi bir konak diğeri de bir köle vb.almak üzere anlaşsalar, böyle bir paylaşım geçerli olur.

Çünkü bu, taraflar arasında karşılıklı rıza ile gerçekleşen bedelli bir akitir. Bu tasarrufta faiz de bulunmamaktadır.

Ortaklar; bir konağın paylaşılmasında biri binayı diğeri de araziyi almak üzere anlaşsalar, karşılıklı rıza nedeniyle bu taksim caiz olur. Çünkü arazi ve binanın her biri hukûken değerli bir maldır. Ortaklardan birinin arazideki payını diğerrinin binadaki payı ile değiştirmesi geçerlidir. Eğer binayı alan, binanın kendisine ait olması durumunda onu yıkacağını koşul koysa bu geçerlidir. Fakat binanın yıkılmamasını koşul koyarsa bu geçersizdir. Çünkü arazi sahibi bu taksim ile araziden yararlanamaz. Ayrıca bu, içinde âriyet verme veya kiralama bulunan koşullu bir satış gibidir. Şöyle ki; bina sahibi binasının diğerkişinin arazisinde kalmasını koşul koyduğunda bu binanın kalması bir bedel karşılığında olacaksa bu, satış akdinde koşul konulmuş geçersiz bir kiralama olur. Binanın kalması karşılığında herhangi bir bedel ödenmeyecekse bu, satım akdinde koşul konulmuş bir âriyet (îyreti) vermedir.

[15/23]

Paylaşım
sonrasında
paydaşların
kendi
paylarında
kapı
açmaları

Paylaştırılmak istenen ev çıkmaz bir sokakta olur ve evin kapısı bu sokağa bakarsa, ortaklar evi, her biri kendi payından bu sokağa kapı açmak koşuluyla paylaşsalar, bu taksim geçerli olur. Sokakta bulunan diğersâkinler onlara engel olamaz.

Çünkü paydaşların tümü duvarın bir kısmını kaldırmak suretiyle kapı açmaktadır. Söz konusu kişiler, duvarın tümünü kaldırmak isteseler, sokaktakiler buna engel olamazlar. Ayrıca ortakların tümü bu sokakta kendi mülküne kadar geçiş hakkına sahiptir. Bu durumda onlar kapı açmayı istemekle kendi hakkını almayı istemekte, fazlasını istememektedir.

Bir maksûre (bağımsız oda) mirasçılar arasında ortak olsa, kapısı da ortak olan konakta olsa ve bu odanın ancak bir yolu bulunsa, ortakların her biri büyük evdeki payından kapı açmak koşuluyla bu odayı paylaşsalar, bu geçerli olmaz. Çünkü onların, konağın arsasında yeri belirli olan bir tek yolları bulunmaktadır. Onlar evin koridorunun tümünü geçiş yeri yapmak suretiyle bu yolu genişletmeyi istemektedirler. Konağın sahipleri buna engel olabilirler.

Hanefî âlimlerinden bazıları şöyle demiştir: Bu kişilerin kapı açmalarına engel olunamaz. Çünkü kapı açmak duvarın bir kısmını kaldırmak ile olur. Duvar ise

tamamen onların kendi hakkıdır. Bu kişilerin evin koridorunda kendilerine ait olan, bilinen yoldan başka bir yerde geçiş hakkı elde etmelerine engel olunur.

Ancak *Zâhirü'r-rivâye*'de şöyle denilmektedir: Bu kişilerin kapı açmalarına engel olunur. Çünkü onların her biri kapı açtıklarında aradan zamanla evin koridorunda kendilerine ait bir yolun bulunduğunu iddia edebilirler. Bu nedenle kapı açmaları engellenir. Bu görüşe karşı toplu kapının varlığı ile delil getirilir. Bazı kadılar bu görüşe dayanmışlardır. Hüküm buna göre verilir. Onun için kapılar açmaları engellenir.

Konağın sahipleri bu kişilerin geçmesi için, büyük evin kapısının genişliğinde bir yol bıraktıktan sonra konağın boşluğunda diledikleri şekilde bina yapabilirler. Çünkü onların bu miktarda hakka sahip olduğu konusunda herkes görüş birliği durumundadır. Bunun dışında evin koridoru ise konağın sahiplerine aittir. Onlar burada diledikleri şekilde bina yapabilirler. Odanın sahipleri de bu bölgede diledikleri şekilde kapı açabilirler. Çünkü onlar kapı açmakla kendi hakları dışında bir şey yapmış olmamaktadırlar.

Oda sahipleri, odanın bulunduğu konağın yanında başka bir konağa sahip iseler ve bu ev de içlerinden birinin payına düşmüş ise, iki konak arasında bulunan yere bu odadan yol açamaz. Çünkü bu evin orada yolu bulunmamaktadır. Ev sahibi ise ortak olan yolda kendisi için yol ispat istemektedir. Bu evdeki ortaklık özel bir ortaklıktır. Özel olan yol, mülk gibidir. Başkasının mülkünde kişi kendisi için yol açamadığı gibi, özel yolda da açamaz.

Paylaştırma sonucu odayı alan kişi diğer evi satın alsa ve yolu odasından geçirerek daha sonra ortak yoldan devam etmek istese bunu yapabilir. Çünkü bu durumda ev ve oda tek bir mülktür. Çünkü bunların tümü tek bir hâne hükmündedir. Odanın sâkinleri ile konağın sâkinleri farklı olursa bu kişi bunu yapma hakkına sahip olmaz. Çünkü oda ve konak farklı iki hânedir. Evde oturan kişi kendi evinden bu yolda geçiş hakkına sahip olmadığı gibi, odadan geçen yolda da geçiş hakkına sahip olamaz. Çünkü odanın sahibi tamamen kendi hakkı olan odadan geçilmesine razı olsa bile, onun rızası başkasının mülkü yani yol hakkında geçerli olmaz.

[15/24]

Muhammed (rh.a.) bu meselede yol (geçiş) hakkı ile şûrb (sulama) hakkını birbirinden ayırmıştır. Şöyle ki; Kişinin nehrin yanında, bu nehirden suladığı bir tarlası bulursa, bu tarlanın yanında başka bir tarla satın alıp satın aldığı bu tarlayı da nehrin suyunu önceki tarladan geçirerek sulayamaz. Yol hususunda ise; konak ve odada (maksûrede) oturan kişiler aynı ise bu hak vardır. Sulama meselesinde kişi, hakından fazla su kullanmış olmaktadır. Çünkü onun bu nehirdeki hakkı tarlasını sulayacak kadardır. İki tarla suladığı zaman hakından fazlasını kullanmış olur. Bu nedenle de kendisine engel olunur. Yol meselesinde ise kişi, yalnızca

Geçiş ve sulama hakları arasındaki fark

**Yola açılan
gölgeliğin
satım ve
paylaştırma
sözleşmelerin-
deki durumu**

odaya girse de odadan eve geçse de sonuç bakımından yoldan geçmiş olmaktadır. Bu nedenle ev ve konak sahipleri aynı olduğunda buna engel olunmaz.

İki kişi bir evi paylaştıklarında birisi evin bir kısmını alsa, diğerinin payına da yolun üstündeki gölgelik ve caddeye çıkan gölgelik düşse bu konuda paylaştırma satım işlemi gibidir. Biz daha önce "Şuf'a bahsi"nde, satım akdi esnasında "bütün irtifak hakları dahildir." diye belirtilse de belirtilmese de, caddedeki gölgeliğin sözleşmeye girdiğini belirtmiştik. Paylaştırmada da böyledir.

Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre yol üzerindeki gölgelik satım sırasında irtifak hakları belirtilmemişse satışa girmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre gölgelik eve açılıyorsa satım sırasında irtifak hakları belirtilsin belirtilmesin taksime dahil olur. Paylaştırmada da böyledir. Yolda hakkı bulunan kimseler bu gölgeliği yıktırırlarsa paylaştırma bozulmuş olmaz. Çünkü paylaştırma ile binaya hak kazanılmıştır. Arazi ise Müslümanların yoludur. Paylaştırma ile ortaklar daha önceden ortak oldukları şeyleri hak ederler. Bu ortakların daha önceden ortak oldukları şey de yolun arazisi değil, binadır. Gölgelik yıktırıldıktan sonra paylaştırma sonucu burayı alan kişi diğer ortaktan hiç bir şey alamaz. Çünkü onlar daha önceden gölgeliğin yol üzerinde olduğunu ve kendilerinin hakkının geçiş hakkında değil, yalnızca binada olduğunu biliyorlardı. Bu geçiş hakkı kişiye verilmiştir.

**Geçersiz
paylaştırma
örnekleri**

İki kişi bir konağı paylaşım sınırlarını belirledikten sonra ortaklardan birinin yolu bulunmadığı gibi, yol açma imkanı da kalmıyorsa bu taksim bozulur.

Çünkü bu paylaştırma zarar doğurmaktadır. Oysa paylaştırmmanın amacı ortakların mülkünden elde edecekleri yararı ortadan kaldırmak değil, her bir ortağın kendi mülkünden yararlanmasını sağlayarak ortakları korumaktır. Yapılan bu paylaştırmada taraflardan birinin mülkünden yararlanamadığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de bu paylaştırma bozulur.

Söz konusu kişi, bir yük hayvanının değil, bir kişinin geçebileceği büyüklükte bir yol açabilecek duvara sahip ise paylaştırma geçerli olur. Çünkü o, bu yoldan geçmek suretiyle kendi payından yararlanma imkanına sahip olabilir. Yol konusunda aslanan insanların bu yoldan geçebilmesidir. Yük hayvanlarının yoldan geçmesi ise yalnızca nâdiren olur. Bu yoldan yük hayvanının geçememesi, kişinin amaçladığı yararı elde etmesine engel oluşturmaz. Eğer duvarda açılan yer bir kişinin geçemeyeceği gibi ise bu yol değildir, yapılan taksim de geçerli olmaz. Çünkü bunda ortaklardan birinin mülkünden yararlanmasını engelleme vardır.

İki kişi ortak mülkü "içlerinden falancanın yol hakkına sahip olmaması" koşuluyla paylaşırsalar ve bu kişi de kendisinin başka yolunun bulunmadığını bilse bu taksim karşılıklı rızaya bağlı olarak geçerli olur. Çünkü o kişi bu taksime kendisi razı olmuştur. Paylaştırmmanın geçerli olmaması onun zararını ortadan kaldırmak içindir. Kişi zararı yüklenmek suretiyle buna razı olursa bu zarara bakılmaz.

İki kişi bir evi ortaklardan biri diğerinin başka bir evini bin dirheme almak koşuluyla paylaşılar, bu koşul ile yapılan paylaşırma geçersizdir. Çünkü bu paylaşırma satış anlamı bulunmaktadır. Satışta bunu koşul koymak satış geçersiz kılar. Çünkü;

نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ

“Peygamber (s.a.v.) tek bir akit içinde iki akit yapılmasını yasaklamıştır.”⁷

Aynı şekilde bir şey hibe etmek veya sadaka vermek koşuluyla yapılan her türlü paylaşırma işlemi de tıpkı satım akdi gibi geçersizdir. Yine bir şeyi paylaşırma koşuluyla yapılan alım akdi de geçersizdir. Çünkü satım akdinde paylaşırma koşulu koymak, paylaşırma satım akdini koşul koymak gibidir.

Paylaşırma işlemi örf durumuna gelen/bilinen fazla bir şey elde etmek koşuluyla yapılırsa geçerli olur. Çünkü kişi satış akdinde belirlenen miktarın üstünde bedelde bir fazlalık veya satılan belirli bir şeyde bir fazlalığı koşul koysa bu satış geçerli olur. Paylaşırma da böyledir.

Allahu Teâlâ daha iyi bilir.

ORTAKLARDAN BİRİNİN PAYINA KARŞILIK PARA ALMASI KOŞULUYLA TAŞINMAZLARI PAYLAŞMALARI

“Bir ev iki kişi arasında ortak olup, içlerinden birisi diğerine belirli miktarda para ödemesi koşuluyla paylaşsalar bu caiz olur”.

Çünkü ödenmesi koşul konulan para ölçüsünde bu akit satış akdidir. Her iki taraf buna razı olmuşlardır. Bilindiği gibi satış akdi tarafların karşılıklı rızasına dayanır. Biz daha önce paylaşırma sırasında iki ortağın para unsunuru araya sokmaya âdeten ihtiyaç duyabileceğini belirtmiştik. Ancak yargıç bu şekilde taksimi ancak zaruret olduğunda yapar. Fakat her iki taraf taksime razı olduğunda bu taksim geçerli olur.

Satım akdinde bedel olmaya elverişli olan her şey, tarafların karşılıklı rıza göstermesi durumunda paylaşırma koşul olarak koşulabilir. Para peşin olsun veresiye olsun, ölçülen ve tartılan şeyler belirli olsun veya nitelikleri belirlenmiş olsun, veresiye olsun, peşin olsun bunların satım akdinde bedel olarak alınması caiz olduğu gibi paylaşırma da caizdir.

Paylaşırma sözleşmesinde bedel olmaya elverişli şeyler

⁷ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/398; İbn Huzeyme, *Sahih*, I/90; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/399; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, II/169.

Paylaşım sözleşmesinde bedelin teslim yeri

Paylaştırmada koşul konulan bedel taşıma ve masrafı gerektiren mallardan ise Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre selem⁸ ve kira sözleşmelerinde olduğu gibi malın teslim edileceği yeri belirlemek koşuldur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre teslim için bir yer belirlerlerse bu caiz olur. Belirlemezlerse taksim geçerlidir. Teslim yeri de paylaştırılan taşınmazın olduğu yer olur. Kıyasa göre Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'in selem akdinde kabul ettikleri üzere teslim yerinin akit yeri olması gerekirdi. Fakat onlar istihsan deliline göre hüküm vererek şöyle demişlerdir: "Paylaştırma evde tamamlanmaktadır. Koşul konulan şeyin ödenmesi de paylaştırmanın tamamlanması sırasında gerekir. Dolayısıyla mal borçlanılan yer teslim yeri olarak belirlenir." Nitekim onlara göre kira sözleşmesinde kira bedeli, sözleşmenin yapıldığı yerde değil, evde ödenir. Çünkü kira bedelinin gerekli olması yararı elde etmekle gerçekleşir. Bu ise evde olmaktadır.

Bedel olarak geçerli olan ve olmayan şeylerle paylaşırma örnekleri

Paylaştırmada bir tarafın fazladan almayı koşul koyduğu şey belirli bir hayvan ise bu taksim geçerlidir. Belirsiz bir hayvan ise; nitelikleri belirtilmiş olsun olmasın, veresiye olsun, peşin olsun caiz olmaz. Çünkü hayvan, malın karşılığı olarak zimmette bulunamaz.

[15/26]

Alınması koşul konulan şey belirli bir hayvan olmakla birlikte bir aya kadar teslim etmemesi koşul konulursa bu geçersiz olur. Çünkü bu bir mal üzerinde vadeyi koşul koymaktır. Bu da satım sözleşmesini geçersiz kılar. Çünkü yararsızdır. Aksine hayvanı teslim edecek kişinin bir yararı bulunmaksızın sözleşme ile mala sahip olan kişiye zarar veren bir koşuldur. Aynı şekilde paylaştırmayı da geçersiz kılar.

Eğer taraflardan birinin diğerinden fazla olarak istediği şey nitelikleri belirtilmiş ve belirli bir vade sonrasında teslim edilecek bir kumaş ise, bu caiz olur. Eğer teslim için bir süre belirlemezlerse, satış akdinde olduğu gibi, taksimde de caiz olmaz. Çünkü kumaş, zimmette karz (borç) şeklinde değil, selem şeklinde sabit olur. Selem(de mal) ancak vadeli, karz da (para) ancak peşin olur. Bundan anlaşılmaktadır ki kumaş zimmette peşin olarak değil, vadeli olarak geçerli bir şekilde sabit olmaktadır.

İki kişinin miras olarak iki evde hakkı bulunsa, bunlardan biri bir evi diğeri de diğer evle birlikte belirli miktarda para alma konusunda anlaşsalar bakılır; eğer bu kişiler her bir evdeki paylarının ne kadar olduğunu belirtmişlerse, bu paylaşım

⁸ **Selem:** Para peşin, mal veresiye olarak yapılan akittir. Veresiyeyi peşine yani peşin para veya peşin olarak verilen başka bir mal ile veresiye bir mal satmaktır. "Var olmayan şey satılmaz" genel kuralından istisnadır. Peygamberimiz tarafından halka kolaylık olsun diye câiz görülmüştür. Peşin para veya mal veren müşteriye "sâhibü's-selem" veya "rabbü's-selem", veresiye mal verecek olan satıcıya "müslümün ileyh", bu yolla satın alınan mala "müslümün fih", peşin verilen mal veya paraya da "re's-i mâli's-selem" denir. Seleme "selef" de denir.

geçerlidir. Çünkü her bir mirasçının paylaşırma ve satım sonucu elde ettiği şey kendisi tarafından bilinmektedir. Eğer payları belirtmezlerse, herbirinin alacağı pay belirli olmadığından, bu taksim caiz olmaz. Çünkü bu, tarafları anlaşmazlığa götürecek boyutta bir belirsizliktir.

Ortaklar evlerdeki paylarının yerini kesirli olarak kaç zirâ' yere sahip olduklarını belirtse, Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre bu caiz olur. Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre ise caiz olmaz. Bu meseledeki görüş ayrılığının temeli "Satış Bahsi"nde belirttiğimiz: Kişi bir evdeki on arşın içinden bir arşını satın alsa bunun caiz olup olmayacağı konusuna benzer. Bu konuda paylaşırma (taksim) de satım akdine benzemektedir.

İki ev üç kişi arasında ortak olup; ortaklar bu evleri birisi bir evi, diğeri de diğer evi almak ve büyük evi alan kişi üçüncü ortağa belirli miktar para ödemek üzere paylaşılsalar bu geçerlidir. Çünkü büyük evi alan kişi, ödediği paralarla üçüncü ortağın payını satın almıştır. Bu kişi her iki ortağın paylarını para ödeyerek satın alsaydı, bu geçerli olurdu. Ortaklardan birinin payını satın alıp sonra diğer ortakla iki ev üzerindeki mülkiyeti oranında evleri paylaştıklarında da aynıdır. Biz daha önce karşılıklı rıza olması durumunda evlerin tek bir defada taksim edilebileceğini (kısmet-i cem' yolu ile bölüştürülebileceğini) belirtmiştik.

İki ortak büyük evi, diğer ortak küçük evi aldığında da aynı durum söz konusudur.

Üç kişi bir evde ortak olur da ortaklar, iki ortağın üçüncü ortağa belirli miktarda para verip evin belirli birer bölümünü almak üzere taksim yapsalar, bu caiz olur. Çünkü evi alan iki kişi, ödedikleri paralarla diğer ortağın payını satın almış olurlar. Aynı şekilde evi alan iki kişi; evdeki payı fazla olan kişinin üçüncü ortağa ödenecek paranın üçte ikisini ödemesini koşul koysalar bu caiz olur. Çünkü evdeki payı fazla olan ortak, evden pay almayan üçüncü ortağın payının üçte ikisini satın almıştır. Evdeki payı az olan ise üçte birini satın almıştır.

İki kişi arasında ortak olan bir evi ortaklar yarı yarıya bölüp birisi diğerine belirli bir köle, diğeri de ona yüz dirhem fazladan vermek üzere bölüşseler bu caiz olur. Çünkü kölenin bir bölümü yüz dirheme karşılıktır. Diğer bölümü ise köle sahibinin diğer kişiden evin taksiminde aldığı paya karşılıktır. Bu nedenle bu işlem geçerli olur.

Ortaklardan birisi binayı diğeri de harap olan yeri almak ve binayı alanın diğerine belirli miktarda para ödemesi koşuluyla paylaştırsalar, bu geçerli olur. Çünkü binadan aldığı payın bir kısmı paylaşırma sonucu kendisinin hakkı olan pay, diğer bir kısmı da ödediği para ile satın aldığı paydır.

Ortaklardan birisi alt katı diğeri de üst katı almak ve biri diğerine belirli miktarda para ödemek üzere bölüşseler, bu bölüşüm geçerlidir. Çünkü üst ve alt katlar birbirine bitişik iki ev hükmündedirler. Bunlardan her birinin tek başına satışı

geçerli olduğu gibi, üst kat ve alt katın paylaşılmasında hangi kat sahibinin ödemesi koşul konulursa konulsun bir miktar para ödemek üzere taksim yapsalar bu da geçerli olur.

Allahu Teâlâ daha iyi bilir.

PARA KARŞILIĞI OLMAKSIZIN BAZILARINI BAZILARINA ÜSTÜN TUTARAK EVLERİ PAYLAŞMAK

Taşınmazın paylaşımında, miktar değil, değer ölçü alınması

“İki kişi, aralarında ortak olan evi birisi evin üçte biri olan ön kısmı, diğeri de üçte iki olan arka kısmı alsalar bu paylaşırma geçerli olur.”

Çünkü paylaştırmada göz önüne alınan; değer ve yararlanma bakımından taraflar arasında adaleti gerçekleştirmektir. Dış görünüşe göre bu eşitlik yüz ölçümü esas alınarak sağlanamaz. Çünkü evin ön kısmına daha çok rağbet edildiğinden ön tarafın değeri arka taraftan daha fazladır. Yarar da buna göre değişmektedir. Bölüşüm genelde yüzölçümü bakımından payların birbirinden farklı olmasıyla olur. Bu bir zarar sayılmaz. Zarar ancak yarar ve değerler arasında farklılık bulunması durumunda söz konusudur. Bu nedenle taraflar arasında adaleti gerçekleştirmeye itibar edilir.

Ev, ortaklar arasında üçte bir ve üçte iki oranında ortak olup üçte bir paya sahip olan ortak payını alsa ve kalan kısım onun payından daha fazla olsa tıpkı satışta olduğu gibi burada da karşılıklı rızanın bulunması nedeniyle bu taksim geçerli olur. Biz daha önce faizin söz konusu olmadığı mallarda satış akdinin geçerli olması için karşılıklı rızanın esas alınacağını belirtmiştik.

Aynı şekilde diğer kısmı alan ortağın başka bir geliri olmasa, bu taksim caiz olur. Çünkü bu kişi kendisi açısından bir maksat üzerine bu taksime razı olmuştur. Bu konuda kendi hakkını gözetmesi konusunda itham edilemez. Eğer bu kısmı büyük bir mal karşılığı satın almış olsaydı, bu satın alma caiz olurdu. Aynı şekilde ortaklardan birisi onu paylaşırma sırasında kendi payı karşılığında aldığı da böyledir.

İki kişi ortak oldukları bir evi; her biri belirli bir bölümünü almak ve aralarında ortak bir yol bırakmak üzere paylaşırsalar ve yolun üçte birinin bir kişiye üçte ikisinin de diğer kişiye ait olmasını koşul koysalar, ev aslen aralarında yarı yarıya ortak bile olsa, bu şekilde yapılan taksim geçerli olur. Çünkü yolun çıplak mülkiyeti onlara ait olup, karşılığında bedel almaya elverişlidir. Ortaklardan birisi, evdeki payından diğerine teslim ettiği şeyin karşılığında diğer kişinin yoldaki payının bir kısmını almayı istemektedir ki bu da caizdir.

Paylaştırılan taşınmaza yol bırakmak

Ortaklardan birisi evin üçte birini, diğeri yarısını alsa ve kalan altıda biri yol olarak bıraksalar bu paylaşırma caiz olur. Çünkü ortaklar yol üzerindeki

ortaklıklarını devam ettirmekte, bunun dışındaki şeyleri de beşte bir hesabına göre paylaşmaktadırlar. Ortaklardan biri beşte üç diğeri beşte bir almaktadır. Evin tümünü aralarında bu şekilde paylaştırsalardı bu caiz olurdu. Evin bir kısmını paylaşp, bir kısmında aralarında ortak yol olması için ortaklığı devam ettirdiklerinde de aynı durum söz konusu olur.

Ortaklar paylaşırma sonucu elde ettikleri alan oranında yol üzerinde hak sahibi olmak koşuluyla taksim yapsalar, bu caiz olur. Çünkü onlar evin tamamını bu alan hesabına göre taksim etselerdi, bu geçerli olurdu. Evin bir kısmını yol olmak üzere, aralarında bu alan ölçüsünde ortak olarak bıraktıklarında da aynı durum söz konusu olur.

[15/28]

Yolu, payı az olan ortağa ait olması diğlerinin de geçiş hakkına sahip olması koşuluyla paylaşsalar, bu da geçerli olur. Çünkü yolun kendisi onların mülküdür. Ortaklardan birisi diğlerinden paylaşırma sonucu aldığı bedel karşılığında yoldaki hakkını ona devretmiştir. Ancak kendisinin bu yolda geçiş hakkının devam etmesini koşul koyması caizdir. Nitekim bir kişi kendisine ait bir yolu, oradan geçiş hakkının olması koşuluyla satarsa bu caiz olur. Yine karar (üstünde kat bulundurma) hakkına sahip olmak koşuluyla alt katı satmak da aynı şekilde caizdir.

Ortaklar her hangi bir şey koşul koymazlarsa yol aralarında mirastaki paylarına göre ortak olur. Çünkü onlar yol üzerinde ortaklıklarını devam ettirmektedirler. Bu miktar üzerindeki ortaklık miras olan malın tümü üzerindeki ortaklık oranında devam eder.

Bir evde ortak olan iki kişinin başka bir evde de payları bulunsa ve ortaklardan birisi o evi, diğeri de bir parçasına sahip oldukları evdeki paylarını alsa diğeri evdeki payları belirtmeseler; bu paylaşırma, bilinmezlik nedeniyle geçerli olmaz. Her iki ortak bölüşüm sırasında paylarının miktarını bildiklerini ikrar etseler, taksim geçerli olur. Çünkü akit sırasında maksat, payların söylenilmesi değil, akdi yapan taraflara bunları bildirmektir. Her iki taraf da bu payları bildiği konusunda birbirlerini onaylamışlardır. Taraflardan birisi bu payları bilip diğeri bilmezse paylaşırma geçersiz olur. Biz "Şuf'a" konusunda şunu belirtmiştik: Kişi, bir kimsenin bir evdeki payını satın alsa, bu payın ne kadar olduğunu biliyorsa satış geçerlidir. Satıcı bilmekle birlikte alıcı bilmiyorsa, Ebû Hanîfe ve Muhammed (r.h.a.)'e göre geçerli olmaz. Ebû Yusuf (r.h.a.)'un son görüşüne göre geçerli olur. Paylaşırma meselesinde de hükmün buradaki gibi olması gerekir.

**Paylaşırma
sırasında
tarafların
paylarını
bilmeleri**

Bazı âlimler bu hükmün paylaşırma konusunda geçerli olduğunu ve görüşün tüm imamlara ait olduğunu söylemişlerdir. Çünkü paylaşırma konusunda göz önüne alınan, yararlanma ve payların değerleri bakımından taraflar arasında adaleti gerçekleştirmektir. Bu da ancak her iki ortak, paylarının miktarını bildiklerinde belli olur. Bu nedenle ortaklardan birisi bunu bilmediğinde paylaşırmanın bozulacağını söyledik. Satım akdi ise tarafların malları görerek

yaptıkları, kâr amacı güdülen bir tasarruftur. Alıcı, malı teslim alan kişi olduğundan malın miktarını bilmesi koşuldur. Satıcının bedeldeki hakkı ise bilinmektedir. Bu nedenle taksimle satım akdi arasında fark vardır.

İki kişi, bir evi içlerinden birisi tüm hakkı karşılığında evin arka kısmının üçte birini diğeri de hakkı karşılığında ön kısmın üçte ikisini almayı koşul koyarak bölüşseler, bu paylaşımda gabn (aldanma) olduğu halde taraflar karşılıklı olarak buna razı oldukları için caiz olur.

**Paylaştırma
tamamlan-
madan
taraflardan
birinin
taksimden
dönmesi**

Paylaştırma da satış gibidir. Satım sözleşmesinde, taraflar karşılıklı olarak razı olduklarında gabn satışın geçerliliğine engel olmadığı gibi paylaştırmada da böyledir. Paylaştırma sonrasında henüz sınırlar belirlenip taraflar buna razı olmadan önce her bir ortak geri dönme hakkına sahiptir. Nitekim satım sözleşmesinde, sözleşme teklif ve kabul ile tamamlanmadan önce alıcı da satıcı da dönme hakkına sahiptir. Taksimde de böyledir. Paylaştırmının tamamlanması taraflar arasında sınırın belirlenmesi ile olur.

[15/29]

İki kişi arasında ortak olan arazinin ekilebilen yerleri farklı farklı ise Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre bunlar evler ile aynı hükme tabidir. Her bir tarla ayrı olarak paylaştırılır. Ancak taraflar tamamının tek bir taksim ile bölünmesine karşılıklı olarak razı olurlarsa o zaman tek bir taksim ile paylaştırılırlar.

**Arazinin
paylaştırılması**

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.) evlerin paylaştırılmasında kabul ettikleri prensibe uygun olarak şöyle demişlerdir: Yargıç duruma bakarak adalete en uygun bir biçimde taksim eder. Çünkü birbirinden ayrı olan araziler hurma, üzüm gibi meyvelerin yetiştirilmesine elverişli olup olmama bakımından farklılık gösterirler. Nitekim birbirinden ayrı olan evler de elde edilmek istenen yarar bakımından birbirinden farklılık gösterirler. Araziler evlerden daha fazla farklılık gösterir. Evlerin paylaştırılmasında tarafların yararları arasında adaleti sağlamak imkansız olduğu için Ebû Hanîfe (r.h.a.) her bir evin ayrı olarak taksim edileceğini söylediği gibi, tarlalar konusunda da aynı durum söz konusudur.

Bir köy, bir topluluğa miras olarak kalır da bunu taksim ettiklerinde içlerinden biri bir tarla ile birlikte başka bir tarlanın gelirini, diğeri de iki üzüm bağı alırsa bu taksim caiz olur. Çünkü bu çeşit paylaştırma rızaya dayanmaktadır. Tarafların herbirine düşen, hukuken değerli bir mal olup, satılması caiz olan şeylerdendir. Dolayısıyla paylaştırma ile alınması da caiz olur.

**Arazilerde
bulunan
şeylerin
taksime
girmesi**

Ortaklardan birine bahçe, bağ ve odalar düşerse, paylaştırma ile ilgili düzenlenen belgeye "tüm hakları ile birlikte" yazsınlar yazmasınlar bunların üzerindeki ağaç ve binalar onun olur. Meyveler ve ekin ise onun olmaz. Biz bu meseleyi "Şuf'a" konusunda satım ile ilgili olarak açıklamıştık. Taksimde de aynı durum söz konusudur.

Belgeye "orada küçük büyük ne varsa" veya "oradan çıkan küçük büyük ne varsa" diye yazmışlarsa meyve ve ekinler de paylaştırmaya dahil olur.

Muhammed (rh.a.) “Müzâraa” (ziraat ortaklığı) konusunda bu ifade kullanılsa bile meyveler ve ekinin paylaştırmaya girmeyeceğini söylemiştir. Ancak “müzâraa” konusunda “orada olan veya orada çıkan küçük büyük ne varsa, onun haklarından olmak üzere” demiştir. “Onun haklarından olmak üzere” ifadesi göstermektedir ki burada kastedilen meyveler ve ekinler değil, yol ve sulama hakkı gibi irtifak haklarıdır. Taksim konusunda ise mutlak olarak “orada bulunan veya oradan çıkan küçük büyük ne varsa” diye belirtilmiştir. Meyve ve ekinler de buna dahildir. İfade kayıtlanmadan kullanılınca bunlar da taksime dahil olurlar. Bu meselede iki farklı rivayet olduğunu söyleyenlere göre, her iki rivayetin delilini şuf’a konusunda açıkladık.

Bir grup insan, ortak oldukları tarlayı yol ve sulama hakkı bulunmamak üzere aralarında taksim etseler bu paylaşırma geçerli olur. Çünkü onlar zararı yüklenmeye razı olmuşlardır. Ancak âlimler şöyle demişlerdir: Taraflar buna razı olsa bile yargıç bu paylaşırma ile uğraşmaz. Çünkü yargıç yararsız olan şeylerle uğraşmaz. Bununla birlikte arazi sahipleri bu şekilde taksim yaparlarsa kendilerine engel olmaz. Nitekim taraflar aralarında ortak olan bir hamamı paylaştırmak üzere yargıca başvursalar yargıç onu paylaştırmaz. Ortaklar kendileri paylaşırırlarsa buna da engel olmaz.

İrtifak hakları bulunmamak üzere paylaşırma yapılması

Üç kişinin bir arazisi ve kendilerine ait olmayan başka bir arazide de hurma ağaçları bulunsaydı; ortaklardan ikisi araziye, diğer ortak da tabanı ile birlikte hurma ağaçlarını almak üzere taksim yapsalar, bu geçerli olur. Çünkü hurma ağaçları duvar mesabesinde. Taraflardan birisi paylaşırma sırasında payına düşen duvarı almayı koşul koysa bu caiz olur. Hurma ağaçları da böyledir.

Ortaklar, içlerinden birinin arazinin bir parçası ile bu parçada yer almayan hurma ağaçlarını, bir başka ortağın arazinin diğer parçasını, üçüncü ortağın da hurma ağaçlarının bulunduğu parçayı almak üzere paylaşsalar, üçüncü kısmın sahibi hurma ağaçlarını kesmek istese bunu yapamaz. Hurma ağaçları tabanındaki arazi ile birlikte sahibine ait olur. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi hurma ağaçları duvar gibidir. Bölüşümde duvarı almayı koşul koyan kişi temeli (yeri) ile birlikte duvarı almaya hak kazanır. Hurma ağaçlarını almayı koşul koyan kişi de aynı durumdadır. Çünkü bu ağaçlar kesilmediği sürece hurma ağaçları olmaya devam eder. Kesildikten sonra ise giriş olur. Dolayısıyla hurma ağacını hak etmek, ona tabanı ile sahip olmayı gerektirir. Aynı şekilde kişi bir başkası lehine hurma ağacı ikrarında bulunsaydı, o kişi tabanı ile birlikte hurma ağacını hak eder.

[15/30]

Ağaç satın alanın ağacı, toprağıyla satın almış olup olmayacağı

“en-Nevâdir” de satım konusunda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) arasında şu görüş ayrılığı bulunduğu belirtilmiştir. Ebû Yusuf (rh.a.)’a göre satın alan kişi ağaçları tabanı ile birlikte hak eder. Muhammed (rh.a.)’e göre satım akdinde ayrıca belirtmedikçe tabanını alma hakkı yoktur. Denildiğine göre ikrar konusundaki hüküm, satım akdi konusundaki hüküm gibi ihtilaflıdır. Ebû Yusuf (rh.a.), bu

konuda paylaşırma ile satım akdini eşit kabul etmektedir. Muhammed ise bunları birbirinden ayırarak şöyle demektedir: “Paylaştırmada ortaklardan birinin payının bir kısmı, tabanına itibarla onun mülküdür. Onun, arsadaki asıl mülkü hurma ağacıdır. Hurma ağacı ise kesilmemiş durumda olan ağaçtır. Ağaçlardan bir kısmını tabanı ile birlikte alma hakkı olunca, zaruri olarak tüm ağaçları tabanı ile birlikte almak hakkıdır. İkrarda da böyledir. İkrar, hurma ağacının mülkünün ona ait olduğunu haber vermektir. O ağaç da tabanı ile hurma ağacı olur. Satım akdinde ise malın baştan karşı tarafın mülkiyetine geçmesi icaptır (tekliftir). Bu durumda ancak akitte belirtilen şeyi almayı hak eder. Hurma ağacı, toprağın kendisine değil, yerin üst kısmında olan bölüme verilen isimdir. Bu nedenle satım akdinde hurma ağacı denildiğinde alıcı topraktan herhangi bir şeyi mülk olarak alamaz. Bundan dolayı alıcının toprağa da sahip olabilmesi için satım akdinde “toprağı ile birlikte” diye ayrıca belirtilmesi koşuldur.”

Ağaç satın alanın kesip yenisini dikip dikemeyeceği

Paylaştırma sonucu ağaçları alan kişi, bu ağaçları kestiğinde yerlerine başkasını dikebilir. Çünkü ağaç sahibi ağacın bulunduğu yeri de almaya hak kazanmıştır. Ağacı toprak üzerinde kesmeksizin bırakma hakkına sahip olduğu gibi, kestikten sonra yerine yenisini dikme hakkına da sahiptir. Ağaçların sahibi ağaçlarının bulunduğu yere geçmek istediğinde arazi sahibi onu engellemek isterse yapılan taksim geçersiz olur. Çünkü bu taksim zararlı bir şekilde yapılmıştır. Ağaç sahibi ağaçlarına gidecek yola sahip değildir. Biz, yapılan taksim, taraflar açısından zarar meydana getirdiğinde bu paylaşırmanın geçersiz olacağını, özel yolun ancak irtifak hakları anıldığında taksime dahil olacağını belirtmiştik. Taksim sırasında “her türlü hakları ile birlikte” diye belirtilmişse bu paylaşırma geçerli olur. Ağaç sahibi ağaçlarına geçme hakkına sahiptir. Çünkü irtifak hakları açıkça belirtilmiştir. Bununla ancak yol hakkı kastedilir. Ağaç sahibi bu ifadelerle sanki kendi ağaçlarına geçme hakkını da belirtmiş olur.

Bir köy, arazi ve su değirmeni üç kişi arasında ortak olup onlar bu malları aralarında paylaşıp; birisine değirmen, birisine belirli tarlalar, diğerine de evler ve tarlalar düşse, paylaşırma sırasında “her türlü hakkı ile birlikte” diye belirtilmişse nehir sahibi olan diğerine düşen araziden nehrine geçmek istediğinde arazi sahibi buna engel olamaz. Nehir bu kişinin arazisinin ortasında bulunuyorsa diğer kişi nehre geçme hakkına sahiptir. Kendisine ancak bunun için izin verilir. Çünkü kendisine izin verilmedikçe nehirden yararlanamaz. Nehre geçiş yolu yalnızca diğer ortağının arazisindedir. Paylaşırma sırasında değirmene ait her türlü hakkın ona ait olacağı belirtilmiştir. Bundan anlaşılmaktadır ki nehir sahibi bu koşulu bu yol için koşturmuştur. Başkasının mülkünde yol hakkı koşul konulduğunda o yola hak kazanılır.

Nehir, arazi sahibinin arazisinin sınırlarından dışarı çıkmakta ve diğer kişi başka yolla oraya gitme imkanına sahipse araziden geçemez. Çünkü taksimin

amacı tarafların mülkünü birbirinden ayırmaktır. Bu da tarafların birbirinde hiç bir hakkı kalmadığında tamam olur. Bu durumda bu şekilde paylaşmak mümkündür. Dolayısıyla irtifak haklarının kendisine ait olmasını koşul koysa bile bu araziden geçme hakkı olmaz. Başka geçecek yerin olmaması durumunda ise taraflar arasındaki bölüşümü bu şekilde tamamlamak mümkün değildir. Bu nedenle irtifak hakları anıldığında yol hakkı elde edilmiş sayılır. Bu farkın açıklaması daha önce ev ve sofa ile ilgili meselede geçmişti.

[15/31]

Nehir, arazinin ortasında bulunur ve paylaşırma sırasında “irtifak hakları ve yol”, “bütün hakları ile birlikte”, “orada bulunan veya oradan çıkan küçük büyük ne varsa” diye koşul konulmamışsa nehir sahibi bu araziden geçiş hakkına sahip olamaz. Çünkü açıkladığımız gibi paylaşım sırasında hak sahibi olmayı gösterecek bir ifade bulunmadıkça kişi diğer paydaşın payında hak sahibi olamaz. Bu şekilde yapılan taksim de geçersiz olur. Çünkü bu paylaşım taraflardan birinin zararına olarak yapılmıştır. Ancak nehrin bir bölümünden su çekilirse sahibi nehrin ortasında bir yol yapma imkanına sahipse taksim geçerli olur. Nehrin ortasında yol açması, kendi payından yararlanabilmesini mümkün duruma getirmek içindir. Nehrin ortasından başka bir yerde açtığı yol fazladan elde ettiği bir yarardır. Halbuki taksim sırasında bunu koşul koymamıştır. Bu nedenle buna hakkı yoktur. Bu kişi kendi payından yararlanabildiği için tarla sahibi izin vermiyor diye paylaşırma geçersiz olmaz. Çünkü onun fazladan yol hakkına sahip olamayışı, paylaşırma sırasında kendi hakkını gözetmemesi nedeniyle.

Nehrin iki tarafında set bulunursa sahibinin yolu, o setin üstüdür ve paylaşırma geçerli olur. Paylaşırma sırasında irtifak hakları anılmış olsa bile set üzerinden geçerek nehirde yararlanma imkanı bulunduğu için bu kişi araziden geçemez.

**Nehrin
kenarında
ki setten
nehir
sahibinin
geçmesi**

Paylaşırma sırasında nehir kenarındaki set anılmaz. Nehir sahibi ile arazi sahibi anlaşmazlığa düşerse, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)’e göre set, nehrin çamuru ile yolun birleştiği yer olduğu için, nehir sahibinin olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)’ye göre ise o set arazi sahibindir. Bu görüş ayrılığı “Sulama” konusunda belirtilen şu meseleye dayanmaktadır: Ebû Hanîfe (rh.a.)’ye göre nehrin harîmi⁹ olmaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)’e göre ise nehir tabanın genişliği ölçüsünde her iki taraftan harîmi olur. Onlara göre nehrin harîmi olduğuna göre ortaklardan birinin taksimde nehri almayı koşul koyması onun harîmini almayı koşul koyması anlamına gelir. Bu nedenle nehri almayı koşul koyan kişi kenarındaki seddi elde etmeye daha çok hak sahibidir. Ebû Hanîfe (rh.a.)’ye göre ise nehrin harîmi yoktur. Taraflar paylaşırma sırasında nehri, sahibinin mülkü için bir sınır olarak belirlemişlerdir. Nehir kenarındaki set, arazi cinsinden olup, arazinin elverişli olduğu dikim, ekme

**Nehrin
harîmi**

⁹ Nehrin içindeki çamurları (v.s.) atmak için, kenarındaki arazide olan ve başkasının karışamayacağı alan, sahanlık.

vb. şeylere elverişlidir. Üzerinde su akıtılmaya elverişli değildir. Bu nedenle arazi sahibinin seddi alması daha öncelikli hakkıdır.

Arazideki yoldan başka, nehre giden yol bulunmasa ve paylaşım sırasında nehir sahibinin bu araziden geçiş hakkına sahip olmayacağı koşul konulsa, nehir sahibi paylaşım sırasında nehre giden başka bir yol bulunmadığını bile bile buna razı olmuşsa, bu taksim geçerlidir. Kendisinin de yol hakkı yoktur. Çünkü paylaştırmının geçersiz olmasının nedeni bu kişinin zararını ortadan kaldırmaktır. Halbuki bu kişi zararı yüklenmeye kendisi razı olmuştur. Bu nedenle koşula uymak daha önceliklidir.

Aynı şekilde bir kişinin arazisine dikili bulunan başka birine ait hurma ve diğer ağaçlara geçmek için tek bir yol bulunsa, paylaşım sırasında yol hakkı bulunmamasını koşul koysalar taksim geçerlidir. Ağaç sahibinin yol hakkı yoktur.

Nehir, bir bende dökülse suyun döküldüğü yer bulunduğu durum üzere nehir sahibinin olur. Çünkü nehir sahibi buna ihtiyaç duymakta onu derhal elde etmeyi istemektedir. Paylaştırma o şekliyle olmuştur. Dolayısıyla bulunduğu durum üzere bırakılır. Bir kişinin duvarı üzerinde bulunan diğerine ait kirşlerle ilgili olarak bu konuyu açıklamıştık. Suyun döküldüğü yer, başkasının mülkünde olduğu halde, nehir sahibine ait olabilir. Nitekim kirşler bir kişiye ait olduğu halde bulunduğu yer başkasına ait olabilir.

Bir kişiye ait olan nehir, başkasının arazisinden geçse ve nehir kenarında bulunan set konusunda taraflar anlaşmazlığa düşseler Ebû Hanîfe (r.a.)'ye göre set arazi sahibine aittir. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.a.)'e göre ise nehir sahibine aittir. Bu mesele, nehrin harîmi olur mu olmaz mı konusuna dayanmaktadır.

[15/32]

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.a.) şöyle demektedirler: Nehir sahibi set üzerinde kullanım açısından hâkimiyete sahiptir. Çünkü her iki taraftaki set sayesinde onun suyu nehirden dengeli bir biçimde akmaktadır. Kullanmak da bir bakıma zilyetlik ifade eder. Tartışma durumunda zilyedin sözü kabul edilir.

Ebû Hanîfe (r.a.)'nin delili ise şudur; görünüş arazi sahibini desteklemektedir. Çünkü set, arazi cinsinden olup arazinin elverişli olduğu şeylere elverişlidir. Diğerinin mülkiyeti nehir üzerindedir. Nehir, içinde suyun aktığı derinliktir. Bunun dışındaki şeyler bir delil ile aksi isbatlanıncaya kadar görünüş bakımından arazi sahibine ait olur. Ancak arazi sahibi seti yıktıramaz. Çünkü bu, nehre zarar verir. Setin olmaması durumunda su taşar. Dolayısıyla set, arazi sahibine ait olmakla birlikte nehir sahibi de bu sette su toplama hakkına sahiptir. Arazi sahibi kendi hakkı nedeniyle bu bendi yıkamaz. Nitekim bir kişinin duvarında başkasının kirşleri bulunsa duvar sahibi bunları yıkamaz. Nehir sahibi de setti yıkamaz. Ancak arazi sahibi set üzerine dilediği şeyi dikebilir. Çünkü o, kendi mülkünde tasarruf etmektedir. Bununla nehir sahibinin hakkını da iptal etmiş olmaz. Bu mesele şuna

benzer: Bir duvarın alt kısmı bir kişiye üst kısmı başkasına ait olsa, üste sahip olan alta zarar vermediği sürece üst kısımda istediğini yapar.

Köy ve arazi bir grup insan arasında ortak olup araziyi yüz ölçümüne göre paylaşılar, arazisinde ev veya ağaç bulunan kişinin bunların değerini para olarak ödemek suretiyle bunlara sahip olabileceği koşul konulsa yapılan paylaştırma geçerli olur. Bu istihsâna göre verilmiş bir hükümdür. Bu mesele şuna benzemektedir: İki kişi bir konağı paylaştıklarında, her birinin payına düşen arazinin üstündeki şeylerin ancak değerini ödemek suretiyle ona ait olacağını koşul koysalar, bunları belirtmeseler bile istihsan yolu ile bu geçerli olur. Biz bu meseleyi daha önce açıklamıştık.

**Ortak köy
ve
arazinin
paylaşımı**

(Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir:) "Görmez misin bir konak iki kişi arasında ortak olup arazinin bir bölümü boş, bir bölümünde de iki ortağa ve üçüncü bir kişiye ait bina bulunsaydı; ortaklardan birisi boşluğu diğeri de binanın bulunduğu araziye almayı, binanın da aralarında daha önceki gibi ortak olmaya devam etmesini koşul koysalar, daha sonra da boş araziye alan kişi binadaki payını almayı istese bunu yapamaz. Çünkü bu, o arazinin sahibine zarar vermektedir. Ancak bu kişi için binadan kendisine düşen payın değeri vardır. Bu onun hakkıdır. Bunu ödeme konusunda diğer taraf zorlanır. Koşul konulmadığı halde değeri ödeme konusunda bu kişi zorlanıyorsa, koşul koyma durumunda bunu belirtmeseler bile zorlama öncelikle caiz olur."

Bunun anlamı şudur; Bina, araziye ait bir nitelik olup ona tabidir. Taraflar tâbi olan arazinin mülkünde birbirine eşit olup, onlardan birisi tek başına asl'a malik olsa değerini ödeyerek diğer ortaktan nitelikteki hakkını alabilir. Görmez misin bir kişinin kumaşı başka birinin boyası ile boyansa, kumaş sahibi değerini ödeyerek boyaya sahip olma hakkına sahip olur. Çünkü boya, onun mülkünün niteliği durumuna gelmiştir.

Binanın tümü bir kişiye ait olup başka birinin arazisinde bulunursa mesele bundan farklı olur. Çünkü bu durumda bina sahibi arazi sahibine herhangi bir zarar vermeksizin binasını kaldırabilir. Dolayısıyla arazi sahibi bina sahibinin rızası olmaksızın değerini ödeyerek binayı elde edemez. Bina ortak olduğunda ise arazi sahibine zarar vermeksizin binadaki payını alamaz. Çünkü binanın tamamını kaldırmadıkça bunun taraflar arasında paylaşılması mümkün olmaz. Bu nedenle aslın sahibi, kendisinden zararı giderme ve diğerinin mülkünün değerini ödeyerek onu elde etme hakkına sahiptir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Bina bir açıdan tâbidir. Bu nedenle kumaştaki boya gibi satış sırasında ayrıca belirtilmese de sözleşmeye girer. Diğer bir açıdan ise bina asıldır. Bu nedenle tek başına satılması caiz olur. Bina bir açıdan asıl, bir açıdan tâbi konumunda olduğundan, her ikisinin hükümleri de uygulanır. Şöyle ki, asla benzemesi açısından arazi sahibi, bina sahibinin rızası olmaksızın binanın tümünü

[15/33]

değerini ödeyerek onu mülk edinebilir. Tâbî'ye benzemesi açısından, bina ortak olduğunda arazi sahibi yalnızca binadaki kendi payını mülk edinebilir.

Binanın değeri olarak dinar (altın para) vermeyi koşul koysalar, dinarlar da kişinin zimmetinde bedel olarak hak kazanılma bakımından, dirhemler (gümüş para) gibi kabul edilir. Aynı şekilde nitelikleri belirlenmiş ölçülen veya tartılan bir şey vermeyi koşul koysalar bunlarda mal (ayn) karşılığı olan bedel (semen) olmuş olur. Bina da ayn'dır. Dolayısıyla bina karşılığında zimmette ölçülen ve tartılan bir şey ödenmesini koşul koymak, semen (para) ödenmesini koşul koymak gibidir. O da dirhemlerin ve dinarların ödenmesini koşul koymak gibidir.

Ölçülen ve tartılan mallarda, belirli bir şeyi veya bunlar dışındaki ticaret malları ve hayvanlardan belirli bir şeyi koşul koysalar, bu geçersiz olur. Çünkü söz bunlar üzerine akit yapılan mallardır (meb'î'dir). Akit sırasında bunlardaki bilinmezlik akdi geçersiz kılar. Semen ise akde konu değil, akitte araçtır.

Görmez misin akit sırasında söz konusu şeylerin satın alanın mülkiyetinde bulunması, akdin geçerli olması açısından koşul değildir. Aynı şekilde paylaşırma tamamlandığında miktarı biliniyorsa, paylaşırmanın başlangıcında miktarın belirtilmemesi taksimin geçerli olmasına engel oluşturmaz. Ayn ise akdin konusu (ma'kûdün aleyh)dur. Akit yapıldığı sırada ayn'ın akdi yapan kişinin mülkiyetinde bulunması ve onu teslim etme imkânının bulunması koşuldur. Aynı şekilde akit sırasında belirtmek veya işaret etmek suretiyle bilinir olması da koşuldur. Çünkü ayn bilinmez ise, alıcı ayn'ı değeri ile satın almış olur. Oysa bu câiz değildir. Bizim meselemizdeki semende ise taraflar, ortak olan şeyin bir bölümünü yüz ölçümü esasına göre bir bölümünü de değere göre paylaşır. Bu câizdir.

Gümüş ve altın külçeler ve kalıba dökülmüş kaplar, bu meselede ölçülen ve tartılan mallar gibidir. Bu, külçenin belirlenebileceği ve satım akdinde satılan mal olabileceğine delildir. Bu konu ile ilgili açıklama "Şirket" ve "Sarf" konularında geçmiştir.

Mirasçılar, malın kendilerine miras kaldığına dair tanık getirerek, yargıçtan mirasın paylaşılmasını isteseler, fakat ölen kişinin birine borcu bulursa borç sahibi orada hazır değilse yargıç terekedeki malların hiç bir bölümünü taksim etmez. Çünkü borç, mirastan önce gelir. Paylaşırma, her bir ortak kendi mülkünden yararlınsın diye yapılır. Mirasçılar bu hakkı borç ödendikten sonra elde edebilirler. Çünkü Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَنْبٍ﴾

"(Bütün bu paylar ölenin) yapacağı vasiyetten ve borçtan sonradır." (en-Nisâ 4/11).

Miras bırakan kişinin hayatta olması durumunda yargıç malı paylaştıramayacağı gibi, borç ödenmeden önce de malı paylaştıramaz.

Üzerinde borç
bulunan
terekenin
paylaştırılması

Borç, terekeden daha az olur da mirasçılar borç miktarının bekletilip geri kalan kısmın paylaştırılmasını yargıçtan isterlerse, istihsân deliline göre yargıç bunu yapar. Kıyasa göre ise yapmaz. Çünkü borç terekenin her bir bölümünde bulunmaktadır. Bu nedenledir ki, borç miktarı kadar mal dışında terekenin tümü telef olsa, kalan mal alacaklının olur. Bu kıyas, Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin ilk görüşüdür. Ancak o istihsâna göre hüküm vererek şöyle demiştir: "Az miktarda borcu olmayan tereke çok az bulunur. Bu yüzden, meselâ on dirhemlik bir borç için on bin dirhemlik terekenin bekletilmesi çirkin olur." Dolayısıyla en iyisi yargıç her iki grubu (mirasçı ve alacaklı) gözetir. Onun için terekeden borç miktarını alacaklıların hakkı için bir kenara koyar. Artanı mirasçılar arasında onların hakkını gözetmek için taksim eder. Bu, aynı zamanda ölünün yararını gözetme anlamına da gelir. Çünkü mirasçılar bu malın kendilerine geçen bölümünü koruma görevini yerine getireceklerdir. Mirasçıların teslim aldıkları mal, alacaklı olan kişi alacağını almadığı sürece ödemeye tabi bir durumda bulunur. Yargıç bunun için mirasçılardan kefil almaz. Görmez misin mirasçı veya alacaklı, kendisine kefil olacak birini bulamasa yargıç, malın onun hakkı olduğunu bile bile hakkı bekletemez. Kefil, henüz sabit olmayan, bununla birlikte kişinin korktuğu bir borç için istenilir. Bu borcun hiç sabit olmama olasılığı da bulunmaktadır. Bu Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin görüşüdür.

Borcun terekeden az olması durumunda kalan terekenin taksimi

[15/34]

"*el-Câmiü's-Sağır*" de Muhammed (r.h.a.) şöyle demiştir: "Bu (kefil istemek), yargıçların ihtiyat için başvurdukları bir yol olmakla birlikte, hakka ve adalete uygun olmayan bir davranıştır." Biz bu meseleyi "Dâvâ" konusunda açıkladık.

Yargıç, ölenin borcu olup olmadığını bilmeseydi ve mirasçılara bunu sorduğunda onlar borç bulunmadığını söyleseler, onların sözleri kabul edilir. Mal aralarında paylaştırılır. Çünkü onlar bu konuda asl'a, yani zimmetin borçsuz oluşuna dayanmaktadırlar. Ayrıca mal da kendi ellerinde bulunmakta ve bu malın tamamen kendi hakları olduğunu iddia etmektedirler. Bu konuda aksini iddia eden birisi bulunmadıkça onların sözü kabul edilir.

Mal paylaştırıldıktan sonra bir borç ortaya çıksa yapılan taksim bozulur. Çünkü daha önceden borç bilinmiş olsaydı paylaşırma yapılmazdı. Borç sonradan ortaya çıktığında da yapılan taksim bozulur. Çünkü borcun ortaya çıkmasıyla paylaşırmanın vaktinden önce yapılmış olduğu anlaşılmıştır. Bilindiği gibi paylaşırma, borç ödendikten sonra yapılır.

Tereke paylaştırıldıktan sonra, bir alacaklının ortaya çıkması

Yargıç, terekede bir borç olup olmadığını mirasçılara sormadan malı taksim ettiğinde de hüküm aynıdır. Ancak mirasçılar, paylaşırma bozulmadan önce, paylaşım sonrasında ortaya çıkan borcu ödeseler, paylaşımı bozmayı gerektiren neden ortadan kalktığından yargıç paylaşırmanı bozmaz. Nitekim mirasçılar ölünün borcunu tereke dışında bir maldan ödeseler, yargıç onların tereke üzerinde yaptıkları diğer tasarrufları bozmaz.

Tanıkların tanımadığı veya hakkında tanıklık etmedikleri bir mirasçının ortaya çıkması durumunda da aynı hüküm geçerlidir. Çünkü belirttiğimiz durumların tümünde yapılan paylaşırma bozulur. Çünkü sonradan bir hak sahibi ortaya çıktığında, önceki paylaşırmanın, tüm ortakların bulunduğu bir durumda yapılmadığı anlaşılmış olur. Eğer yapılan paylaşırma bozulmazsa, sonradan gelen mirasçı bundan zarar görür. Çünkü bu kişi, her bir mirasçının eline geçen kısımdan kendi hakkını almaya ihtiyaç duymaktadır. Dolayısıyla onun hakkı farklı bölümlere dağılmaktadır. Bu nedenle yapılan paylaşırma bozulur. Yargıç malı yeniden paylaşırır.

Mirasçılardan birinin terikede borç ikrar edip diğerlerinin inkar etmesi

Mirasçılardan birisi, ölenin bir kişiye borcu olduğunu ikrar eder, diğer mirasçılar bunu inkâr ederse, tereke aralarında miras paylarına göre taksim edilir. Çünkü paylaştırmaya engel olan borç, borcu inkâr eden mirasçılar bakımından ortaya çıkmamıştır. Biz Hanefilere göre borç ikrarında bulunan kişiye, paylaştırmadan sonra, eğer elde ettiği pay borcu ödemeye yeterli oluyorsa, borcu kendi payından ödemesi emredilir. Şafiî (rh.a.)'ye göre ikrarda bulunan kişi yalnızca borcun kendi payına düşen miktarını öder. Biz bu meseleyi "İkrar" konusunda açıkladık.

Terekenin paylaşırılmasından sonra vasiyet alacaklının çıkması

Yargıç terekeyi mirasçılar arasında paylaşırırsa, sonra da bir kimse ölen kişinin kendisine bin dirhem vasiyette bulunduğunu tanıklarla ispat etse, terekenin üçte biri belirtilen miktar için yeterli oluyorsa, yapılan paylaşırma geçersiz olur. Çünkü belirlenmeyen bir mal için yapılan vasiyet, ölenin malının üçte birinden çıkıyorsa, tıpkı borç gibi mirastan önce hak edilir. Paylaştırmadan sonra bu vasiyetin ortaya çıkması, tıpkı borcun ortaya çıkması gibidir. Mirasçılar bu bin dirhemi, kendi mallarından ödemeyi taahhüt etseler, tıpkı alacaklıların alacağının ödenmesi durumunda olduğu gibi, lehine vasiyet yapılan kişi, hakkını tam olarak aldığı için paylaşırma geçerli olur. Aynı şekilde mirasçılardan birisi, diğer mirasçılardan bir şey tahsil etmemek üzere bu borcu ödediğinde de hüküm aynıdır. Bu konu, borç ve vasiyet bakımından eşittir. Borcu veya vasiyeti ödeyen mirasçı, diğerlerinden bir şey isterse, yapılan paylaşırma geçersiz olur. Çünkü paylaştırmaya engel olma bakımından bu mirasçının terekede hakkının bulunması, tıpkı alacaklı ile lehine vasiyet yapılan kişinin terekede hakkının bulunması gibidir. Ancak paylaşırma bozulmadan önce mirasçılar bu borcu paylarına göre öderlerse paylaşırma geçerli olur.

[15/35]

Lehine vasiyet yapılan kişi, malın üçte birinin kendisine vasiyet edildiğine dair tanık getirirse paylaşırma geçersiz olur. Çünkü bu kişi, terekede mirasçılarla ortaktır. Bu nedenle terekenin miktarı çoğaldıkça onun payı da çoğalır. Tereke azaldıkça azalır. Bu kişinin vasiyetinin tanıklarla sâbit olması, paylaşırma sırasında bilinmeyen başka bir mirasçının ortaya çıkması gibidir. Dolayısıyla onun hakkı nedeniyle paylaşırma işlemi bozulur.

Bir köy ve arazisi, satın alma sonucu iki kişi arasında ortak olsa, ortaklardan birisi ölüp payı miras olarak kalsa, mirasçılar malın babalarına ait olduğuna ve kendilerine miras olarak kaldığına tanık getirselers, babalarının ortakları orada hazır değilse, bu kişi gelinceye kadar ortak mülk paylaştırılmaz. Biz daha önce satın alınan şeyde ortak olma meselesinde; ortaklardan bir kısmının hazır olmamasının yargıcın paylaştırmasına engel oluşturduğunu açıklamıştık. Malın satın alındığına dair tanık getirmekle bu, birbirine benzemektedir.

Kayıp olan kişi gelir de, mirasçılardan bazıları hazır olmazlarsa mal aralarında taksim edilir. Çünkü mirasçılardan var olanlar ölenin yerini alırlar. Mirasçının bulunması ölen kişinin sağ olup da taksimde bulunması gibidir. Ayrıca mirasçılar tereke konusunda birbiri adına taraf olabilirler. Dolayısıyla bazı mirasçıların taksimde hazır bulunması, bütün mirasçıların bulunması gibidir. Ancak ölenin mirasçısı, ölenle birlikte malı satın alan diğer ortak adına taraf olamaz. Bu nedenle ortak bulunmadığında mal taksim edilmez.

Malın aslı iki kişiye babalarından miras olarak kalsa, sonra bunlardan biri ölüp payı mirasçılara kalsa, mirasçılar hazır olduğu halde amcaları kayıp olsa, mirasçılar bu malın dedelerinden miras olarak kaldığına dair tanık getirselers, mal aralarında paylaştırılır. Amcalarının payı ayrılır. Aynı şekilde amcaları hazır olup, yeğenlerinden bir kısmı hazır olmasa onun payı ayrılarak mal taksim edilir. Çünkü malın aslı burada mirastır. Bilindiği gibi mirasta mirasçılardan bir kısmı diğerleri adına taraf olabilir. Dolayısıyla tanık getirme durumunda, mirasçılardan bir kısmının bulunması paylaştırma sırasında tamamının bulunması gibi kabul edilir. Bu mal, tek bir adamdan miras olarak kalıp taraflar arasında ortak olduğunda nasıl kayıp olan mirasçının payı ayrılıyorsa burada da ayrılır.

Bir grup insan kendilerine miras kalan köyü, yargıcın hükmü olmaksızın aralarında paylaştırsalar; mirasçılar arasında vasiyet görevlisi bulunmayan bir küçük veya vekili bulunmayan kayıp bir büyük var ise, yapılan paylaştırma geçerli olmaz. Çünkü mirasçıların küçük ve hazır olmayan üzerinde bir veliliği bulunmamaktadır. Görünüşte bu kişiler yaptıkları taksimde kendi çıkarlarını, hazır olmayan ve küçükten daha fazla gözetirler. Ancak yargıç, malı taksim ederse durum bundan farklıdır. Çünkü yargıç; küçük ve hazır olmayan kişinin çıkarını gözetme yetkisine sahiptir. Görünüşe göre yargıç, bu kişiler kendi hakkını kollayamadığı için dîni şefkat gereği onların hakkını korur.

Aynı şekilde belirtilen mirasçılar ortak mülkü aralarında; güvenlik âmirinin veya iskân edilmiş bölgelerden haracları ve yardımları toplayan kişiler gibi yargıçtan başka birisinin memurunun emri ile paylaştıklarında, bu taksim geçerli olmaz. Çünkü bu kişilerin küçük ve hazır olmayan mirasçılar üzerinde velilikleri bulunmamaktadır. Dolayısıyla onların emrinin bulunması ile bulunmaması birbirine eşittir.

Mirası
hakemin
taksim
etmesi

[15/36]

Mirasçılar, bir fıkıh âliminin mülkü paylaştırmasına razı olsalar; bu fıkıh âlimi malın aslen babalarına ait olduğunu ve kendilerine miras olarak geçtiğini bunlardan dinleyerek aralarında adaletle taksim etse; mirasçılar arasında vasiyet görevlisi bulunmayan bir küçük veya vekili bulunmayan bir hâzır olmayan var ise bu taksim geçerli olmaz. Çünkü hakem¹⁰; hâzır olmayan ve çocuk üzerinde bir veliliğe sahip değildir. Çünkü bu kişi, tarafların anlaşması ile hakem olmuştur. Dolayısıyla onun yetkisi sadece hüküm vermesine razı olan kişiler üzerinde geçerlidir. Hâzır olmayan kişi bu taksimi onaylarsa veya çocuk büyüyerek bu taksimi onaylarsa geçerli olur. Çünkü bu, paylaştırma yapıldığı sırada onu onaylamış demektir. Görmez misin yargıç bu taksimi onaylasa paylaştırma geçerli olur. Bu, bir kişinin küçüğün malını satmasına ve küçük büyüdükten sonra bunu onaylamasına benzemektedir.

Kayıp veya küçük ölse, ardından onun mirasçıları yapılan taksimi onaylasalar kıyasa göre bu taksim geçerli olmaz. Bu, Muhammed (rh.a.)'in de görüşüdür. Çünkü burada mirasçılar mülkiyeti sonradan elde etmişlerdir. Dolayısıyla mirasçının onaylaması geçerli değildir. Nitekim bir kimse bir başkasının malını satarsa, ve mal sahibinin ölümünden sonra onun mirasçısı bu satışı onaylasa belirttiğimiz gerekçeden dolayı bu satış geçerli olmaz.

İstihsân deliline göre ise bu taksim geçerlidir. Bu, aynı zamanda Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüdür. Çünkü mirasçı, miras bırakanın yerini almaktadır. Dolayısıyla miras bırakanın ölümünden sonra mirasçının onaylaması, miras bırakanın hayatta iken onaylaması gibidir. Belirtilen gerekçeye bağlı olarak, bununla diğer tasarruflar arasındaki fark şu şekilde açığa çıkmaktadır: Paylaştırmaya, ölen kişinin hayatında iken ihtiyaç olduğu gibi, onun ölümünden sonra da ihtiyaç vardır. Yapılan bu paylaştırma bozularsa, bunun aynı şekilde yeniden yapılmasına ihtiyaç duyulur. Bu taksimin tekrarlanması ise ancak mirasçıların rızası ile olur. Mirasçı onay vermişken önceki paylaştırmayı bozup yerine yine onun rızası ile aynı paylaştırmayı tekrarlayanın bir yararı yoktur. Satış ise böyle değildir. Çünkü biz ölüm ile satışı bozduğumuzda onu tekrarlama ihtiyacı bulunmaz. Her mal için satış yapılması, zorunlu değildir. Bu nedenle miras bırakanın ölmesi ile satış akdinin geçersizlik yönü belirdikten sonra, mirasçının akdi onaylamasının bir etkisi olmaz.

Allahu Teâlâ daha iyi bilir.

¹⁰ **Hakem:** Devlet görevlisi olmayıp, tarafların aralarındaki davayı çözmesi için karşılıklı rıza ile baş vurdıkları kişidir. Özel hakim de denebilir.

HAYVANLARIN VE TİCÂRET MALLARININ PAYLAŞTIRILMASI

“Bir koyun sürüsü bir grup insan arasında miras veya satın alma nedeni ile ortak olsa, ortaklardan bir kısmı sürünün paylaşılmasını istese, diğer bir kısmı ise istemese, malın aslen bu kimselere ait olduğuna dair tanık bulunduğu yargıç sürüyü aralarında paylaşır.”

Bazı ortakların isteği ile koyun sürüsünün taksimi

Çünkü hayvanların cinsleri bir olduğunda, tarafların amaçları arasında yakınlık bulunduğu onlar arasında yararlanma ve değer bakımından adaleti sağlamak mümkündür. Bu tür paylaşmada ortak mülkün birbirinden ayrılması yönü, bedelli değişim (muâvaza)den daha üstündür. Mülklerin ayrıştırılması yönüne dayanarak yargıç ortakları paylaşmaya zorlayabilir.

Aynı şekilde hayvanlar, kumaş, ölçülen ve tartılan şeylerde mal aynı cinsten olduğunda, ortaklardan bir kısmının istemi ile yargıç paylaşmaya zorlayabilir.

Ancak köle böyle değildir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ortaklardan bir kısmı paylaşmayı istemezse, ortak köle paylaşılır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise ortaklardan bir kısmının istemi ile köleler de paylaşılır. Çünkü kölelerin tümü erkek veya kadın olduğunda tek bir cinstir. Bunlardan elde edilecek yarar birbirine yakın olduğundan tarafların yararları arasında dengeyi sağlamak mümkün olur. Bundan dolayı yargıç, hayvanlarda olduğu gibi köleleri de bazı ortakların istemine göre paylaşır. Görmez misin köleler zimmette mehir borcu olarak sabit olması, selem akdinde satılan mal (müslemün fih) olarak sabit olmaması gibi konularda, hayvanlar ile aynı hükümlere tâbidir. Paylaşma işleminde de köleler, hayvanlar gibi taksim edilir. Bunun delili şudur; ganimet içindeki diğer mallar gibi ganimet olan köleler de paylaşılır. Ortaklar arasında paylaşılmasında da aynı durum söz konusudur.

Ortak kölelerin paylaşılması

Ebû Hanîfe ise bu konuda şöyle demektedir: “Köleler arasındaki farklılık, iki ayrı cins arasındaki farklılıktan daha çoktur. Çünkü farklı cinsten olan mallar değer bakımından birbirinden farklı olabilir. Oysa köleler arasındaki farklılık çok daha fazladır. Durum böyle iken farklı cins mallar arasında zorla paylaşma (cebrî taksim) yapılmadığına göre köleler de paylaşılır. Çünkü paylaşmada dikkate alınan şey, paylaşılacak malların değer ve yararları arasında taraflar arasında eşitliği gerçekleştirmektir. Bu durum gizli olup, bilinmesi mümkün olmayan; zekâ sahibi olma, yazı yazmayı bilme gibi bir takım nedenlerle insanlarda farklılık gösterir. İnsan kendisinde gerçekte olmayan şeyleri var gibi veya bulunduğu daha fazla gösterebilir. Dolayısıyla kölelerin değerleri arasında eşitliği sağlamak imkânsız olur. Kölelerin paylaşılmasında bedelli değişim yönü, ayrıştırma yönünden daha önce olunca, bu paylaşma ancak tarafların karşılıklı rızası ile yapılabilir.

[15/37]

Köleler ile hayvanlar arasında fark bulunduğu delili şudur; Hayvanlarda erkekler ve dişiler tek bir cins olarak kabul edilirken, kölelerde bunlar farklı iki cins

sayılır. Bu nedenle kişi, birisini köle diye satın alıp onun câriye olduğunu görse, hayvanlardaki satımın aksine sözleşme geçerli olmaz. Bunun nedeni cinsler arasındaki farklılığın gözönüne alınmasıdır.

Ganimetin taksim edilmesi konusu bundan farklıdır. Çünkü ganimetin taksimi, farklı cinsler arasında da geçerlidir. Bunun gerekçesi de şudur; Ganimete hak kazananların hakkı ayn'da (alınan ganimet malda) değil, malın değerindedir. Bu nedenle devlet başkanı ganimet olarak alınan şeyleri satıp bunların bedelini taksim edebilir. Burada her bir hak sahibinin alınan malın değerinin bir bölümünü elde etmesine dikkat edilir. Mülk şirketinde ise ortakların hakkı hem ayn hem de değer üzerindedir. Dolayısıyla devlet başkanı taraflar arasında adaleti gerçekleştirmek suretiyle mülkleri birbirinden ayırma yetkisine sahip olmakla birlikte bedelli değişim yolu ile taksim yapma yetkisine sahip değildir. Köleler üzerinde olan mülk şirketinde ayrıştırma yolu ile taraflar arasında eşitliği gerçekleştirmek mümkün olmadığı için yargıç, tarafları paylaşımaya zorlayamaz. Ancak köle ile birlikte koyun, kumaş veya başka bir mal bulunursa yargıç bunların tümünü taksim eder.

Ebû Bekr er-Râzî el-Cessâs (rh.a.) şöyle derdi: "Bu mesele şöyle yorumlanır: Yargıç bütün bunları ortakların rızası ile taksim eder. Fakat bazıları paylaştırmayı istemediğinde yargıç taksim etmez. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kölelerde cins birliği bulunduğu bile zorla taksim yapılamıyorsa, cinslerin farklı olduğu durumda öncelikle zorlayamaz."

(Cessâs (rh.a.) böyle söylemekle birlikte burada) Ebû Hanîfe (rh.a.) 'ye göre zorla yapılan taksimin geçerli olacağı görüşü daha güçlüdür. Çünkü burada köle ile birlikte bulunan diğer mal, paylaştırmada asıl kabul edilir. Zorla paylaşırma hükmü bu malda sabit olur. Ardından buna bağlı olarak da kölede sabit olur. Bazen bir şey üzerinde akdin hükmü aslen sabit olmadığı halde, bir başka şeye tâbi olarak sabit olabilir. Nitekim sulama ve yol hakkı aslen satılamaz. Tâbi olarak satılabilir. Taşınabilir eşya akara tabi olarak vakfedilir.

Ebû Hanîfe (rh.a.), bu hükmü sanki istihsan ile vermiş gibidir. Çünkü yargıcın paylaştırmasına ihtiyaç duyulan terekelerden pek azında köle bulunmaz. Köle ile birlikte başka bir mal da bulunduğu değerlerindeki eşitliğe itibarla paylaşırma kolay olur. Ancak terekenin tümü kölelerden oluşuyorsa durum farklıdır. Çünkü kölenin köle ile değişiminde aldanma ve eşitsizlik fazla olur. Kölenin bir başka malla değişiminde ise farklılık azalır.

Ortakların sahip oldukları mallar; Zut kumaşı, Herat kumaşı, halı ve yastık olursa yargıç ortakların rızası olmadıkça malları taksim etmez. Çünkü farklı cinsler arasında paylaşırma bedelli değişim yolu ile yapılır. Şöyle ki; Bu paylaştırmada iki ortakdan her biri, kendi aldığı cinsteki diğer ortağın payına, onun aldığı diğer

cinsteki kendisinin payı karşılığında sahip olmaktadır. Bedelli tasarruflarda da karşılıklı rıza koşuldur.

[15/38]

Miras malları arasında köle, kumaş, koyun sürüsü, evler ve araziler bulunur ve mirasçılar bunu kendi aralarında paylaşır, her bir çeşit mal alırsa; taraflar arasında bedelli paylaşımın yapılması konusunda karşılıklı rıza bulunduğu için bu taksim geçerlidir. Mirasçılar olayı yargıca götürürlerse yargıç malları birbirine eklemeyiz. Her cins malı ayrı ayrı taksim eder. Çünkü yargıcın ayırıştırma yolu ile malı paylaşım yetkisi vardır. Her bir sınıf malı ayrı ayrı paylaştırıldığında, ayırıştırma (temyiz) yönü ağır basar. Ayrıca eşitliğin gözetilmesinin mümkün olduğu her durumda yargıç, taraflar arası denkleğin gerçekleşmesine dikkat eder. Bu meselede her bir sınıf malın ayrı ayrı paylaştırılması taraflar arasında eşitliği sağlamaya daha çok uygundur. Ortakların paylaşım konusunda birbiri ile anlaşmaları ise denklige değil, karşılıklı rızaya dayanmaktadır. Paylaşım karşılıklı rıza ile tamamlandıktan sonra paylaşımın nasıl yapıldığına bakılmaz.

**Farklı
cinslerdeki
miras
mallarının
taksimi**

Koyun sürüsü iki kişi arasında ortak olup bunları iki parçaya bolseler sonra da kur'a çekse, ortaklardan birine bir grup diğerine de diğer grup çıksa daha sonra ortaklardan birisi pişman olup dönmek istese, dönemez. Çünkü kur'ada payların çıkması ile paylaşım tamamlanmıştır.

**Taksimde
kur'a
çekilmesi**

Aynı şekilde iki ortak, koyun sürüsünü bir kişinin paylaşımına razı olsalar, ama o taksimde adil olmaya gayret göstermese sonra ortaklar arasında kur'a çekse yapılan paylaşım onlar hakkında geçerli olur. Çünkü ortakların karşılıklı rızası ile paylaşım yapan kişinin fiili, bizzat ortakların fiili gibi olmuştur.

Ortaklar, malı paylaşmadan önce bölümlere ayırsalar daha sonra da kur'adan ilk çıkan kişiye birinci bölümü, ikinci çıkana ikinci bölümü vb. vermek üzere anlaşsalar bu şekilde yapılan paylaşım geçerli olmaz. Çünkü bu, paylaşım, her bir ortağın, ne alacağı bilinmeyen bir paylaşım değildir. Paylaşım satım akdi anlamı vardır. Anlaşmazlığa yol açabilecek boyuttaki bilinmezlik satış akdini bozduğu gibi paylaşımı da bozar.

Miras olarak geçen mallar arasında; develer, sığırlar ve koyunlar bulunsalar, mirasçılar develeri bir kısım, koyunları bir kısım ve sığırları da bir kısım olarak kabul edip, payına develer çıkan kişinin diğer iki kişiye şu miktarda para ödemesi koşuluyla kur'a çekse, bu paylaşım geçerlidir. Çünkü aralarındaki taksim ancak kur'anın çıkması ile tamamlanır. Kur'a çıktığında parayı verecek ve alacak olan kişi belli olmaktadır. Önceki meselede ise böyle değildir. Çünkü orada kur'ada ismi çıkan kişilerin birbirinden farklı olan mallar içinden ne alacağı belirli değildir.

**Farklı
cinslerden
oluşan hayvan
sürülerinin
paylaştırılması**

Kur'adaki paylar çıktıktan sonra ortaklardan birisi pişman olsa yapılan taksim bozamaz. Çünkü paylaşım karşılıklı rıza ile tamamlanmıştır. Kur'a çıkmadan önce ise paylaşımından dönebilir. Çünkü taksim henüz bitmemiştir. Bu taksim geçerli olması tarafların karşılıklı rızasına bağlıdır. Bu nedenle satış kabulden

önce tekliften dönmek geçerli olduğu gibi, burada da ortaklardan her biri paylaşırma tamamlanmadan önce dönebilir. Aynı şekilde kur'ada paylardan biri çıkıp, ikisi henüz çıkmamışken bir ortak paylaştırmadan dönse bu câiz olur. Bir pay hariç, payların tümü belirli olduktan sonra ortakların hiç birisi paylaştırmadan dönemez. Çünkü bu durumda paylaşırma bitmiştir. Diğer payların belirli olması ile kalan pay çıkmış olsun olmasın belirli duruma gelmiştir.

Ortak kumaşın paylaşılması

İki kişi arasında ortak olan bir kumaşın, ortaklardan birisi paylaşılmasını istese kumaş paylaşılır. Çünkü kumaşın paylaşılmasında zarar vardır. Şöyle ki; Paylaşmak için kumaşın kesilmesi gerekir. Kumaşı kesmek ise onun bir bölümünün telef olması sonucunu doğurur. Ortaklardan biri buna razı olmadığında yargıç paylaşmaz. Ortakların her ikisi buna razı olursa, zararı yüklenmeye razı olduklarından yargıç kumaşı aralarında taksim eder.

[15/39]

Âlimlerimizden bir kısmı şöyle demişlerdir: "Taraflar buna razı olsa bile yargıç kumaşı taksim etmez. Ancak taraflar bunu kendileri bölüşürse buna da engel olmaz. Çünkü bu paylaştırmada kumaşın bir bölümünü telef etmek vardır. Yargıç, hüküm vermekle kazandırır, telef etmez." Bunun benzeri hamam vb. gibi paylaşılması mümkün olmayan şeyler konusunda geçmişti. Ortaklar kumaşı aralarında enine ve boyuna ayırarak taksim etseler bu geçerli olur. Ortaklardan hiç biri taksim tamamlandıktan sonra geri dönemez.

Kumaş bir grup arasında ortak olsa, paylaşırma yaptıkları taktirde her birine tam bir elbise miktarı düşmüyorsa, yargıç kumaşı taksim etmez. Çünkü kumaşın kesilmesi gereklidir. Kesmek ise kumaşın bir bölümünü telef etmektir. Ortaklar kendi aralarında bir şeye razı olurlarsa bu câiz olur.

Üç kumaş iki kişi arasında ortak olsa, onlardan birisi kumaşların taksim edilmesini istese, diğeri buna yanaşmasa bakılır; İki kumaşın fiyatının üçüncü kumaşa denk olması durumunda olduğu gibi, kumaşların taksim edilmesi kesmeye gerek kalmaksızın mümkün oluyorsa yargıç bu kumaşları taksim eder. Ortaklardan birine iki kumaşı diğere de diğer kumaşı verir. Eğer kesmeden taksim etmek mümkün olmuyorsa, taraflar kendi aralarında anlaşmadıkça kumaş paylaşılır. Muhammed (rh.a.) "el-Asl"da böyle der.

En doğrusu şöyle söylenmesidir: Kumaşların değeri birbirine eşit ve her bir ortağın payı bir buçuk kumaş kadar ise, aralarında iki kumaş taksim edilir. Üçüncü kumaş ortak olmaya devam eder. Aynı şekilde taraflardan birinin payı bir kumaş ile diğer kumaşın üçte ikisi, diğer ortağın payı da bir kumaş ve bir kumaşın üçte biri ise veya bir ortağın payı bir kumaş ile diğer kumaşlardan birisinin çeyreği, öbürünün payı da bir kumaş ile öteki kumaşın dörtte üçü olursa, iki kumaş taksim edilir. Üçüncü kumaş ortak olarak bırakılır. Çünkü söz konusu durumlarda ortak olan malın bir kısmının birbirinden ayrılması kolay olmaktadır. Malın tümü kolayca birbirinden ayrılabilir durumda olsa idi, ortaklardan bir kısmının istemesi

durumunda malın tümü taksim edilirdi. Paylaştırma malın bir kısmında mümkün olduğunda da aynı durum söz konusudur.

Allah doğruyu en iyi bilir.

TAKSİMDE MUHAYYERLİK (PAYLAŞTIRMA KONUSUNDA SEÇİM HAKKINA SAHİP OLMA)

“İki ortak, bir taşınmazı veya hayvanı ya da bir eşyayı bölüşüp, birisi kendi payına düşen payı önceden görmemiş olsa, gördükten sonra seçim hakkına sahip olur; dilerse paylaştırmayı reddeder, dilerse geçerli sayar.”

Taksimde
görme
muhayyerliği

Bu meseleler yargıcın yaptığı paylaştırmalarda değil, tarafların anlaşması ile yapılan paylaştırmalarda söz konusudur. Çünkü ortaklardan bazıları paylaşırma için istekte bulunduğu yargıç taksim konusunda ortakları zorlama yetkisine sahiptir. Dolayısıyla yargıcın yaptığı paylaştırmada görme muhayyerliği (hiyâr-ı rü'yet) tanınması anlamsızdır. Tarafların aralarında anlaşarak gerçekleştirdikleri bölüşüm ise, tıpkı satım akdi gibi karşılıklı rızaya dayanır. Satım akdinde nasıl ki alıcı, mülkiyetine giren malı görmedikçe rıza tamamlanmış olmuyorsa paylaştırmada da aynı durum söz konusudur.

Ölçülen ve tartılan şeyler, külçe altın, altın gümüş kaplar ve mücevherlerin tümü bu konuda eşittir.

İki bin dirhem para iki kişi arasında ortak olup her bin dirhem bir kesenin içinde olsa, ortakların biri bir keseyi diğeri de diğer keseyi almak üzere anlaşsalar, bir taraf paranın tümünü görüp diğeri görmese, hem gören hem de görmeyen ortak bakımından bu paylaşırma geçerlidir. Satış akdine kıyasla burada hiç bir ortağın seçim hakkı yoktur. Bilindiği gibi satım akdinde, malın bedelinin görülmemiş olması satıcı için bir seçim hakkı doğurmaz. Paylaştırmada da aynı durum söz konusudur. Buradaki gerekçe şudur; dirhemler ve dinarlar tam anlamıyla para konumundadırlar. Bunlar, aynları itibarıyla değil, bedel olma özellikleri itibarıyla insanlar tarafından istenirler. Paraların miktarı bilindiğinde, paradan amaçlanan şey bilinmiş olmaktadır. Bu nedenle paraları görmeden önce rızanın bulunup bulunmaması, parada aranan bedel olma niteliğini etkilememektedir. Diğer mallar ise böyle değildir. Ancak malı görmeyen kişinin payı, diğerinden daha kötü ise kendisinin seçim hakkı vardır. Çünkü bu kişi, diğerinin payı ile aynı özellikleri taşıması koşuluyla kendi payına razı olmuştur. Kendi payı diğerinden daha kötü olunca rıza gerçekleşmiş olmaz. Bu nedenle de seçim hakkına sahip olur. Nitekim kişi ölçülen veya tartılan bir şeyi satın alırken malın bir kısmını görse, malın geri kalan kısmı, gördüğünden daha kötü ise kendisinin seçim hakkı olur.

[15/40]

**Taşınmazların
dış kısmını
görmenin içini
görmek gibi
olması**

İki kişi, yalnızca dıştan görüp içine girmedikleri konağı taksim etseler, paylaştırmadan sonra seçim hakkı olmaz. Ancak Züfer (rh.a.)'e göre seçim hakkına sahiptirler. Daha önce "Satışlar" konusunda açıkladığımız üzere, satın alınan evin dış kısmını görmek bize göre görme muhayyerliğini ortadan kaldırır. Züfer (rh.a.)'e göre ise içeri girmedikçe dıştan görmekle görme muhayyerliği kalkmaz. Paylaştırmada da aynı durum söz konusudur.

Aynı şekilde iki kişi iç kısmını, hurmalarını ve ağaçlarını görmeyip sadece duvarını dıştan gördükleri bir bahçeyi ve üzüm bağını paylaşırlar; birisi bahçeyi diğeri de bağı alsa hiç birisinin görme muhayyerliği bulunmaz. Taşınmaz malların dışını görmek içini görmek gibidir. Bu açıklamalarla anlaşılmaktadır ki; "Muhammed (rh.a.)'in belirttiği hüküm Kûfe evlerine özgüdür. Çünkü buradaki evler ancak genişlik ve darlık bakımından birbirinden farklılık göstermektedirler." diyenlerin görüşü zayıftır. Çünkü bahçeden elde edilmek istenen şey, ağaçların hurmalıkların değişmesine göre değişir. Muhammed (rh.a.) bunlardan hiçbirini görmeyi koşul koymamıştır. Bundan anlaşılmaktadır ki bu hükmün gerekçesi şudur; bir şeyin bütün kısımlarını ayrıntısı ile birlikte görmek zor olduğunda, bir kısmını görmek, görme muhayyerliğini ortadan kaldırma bakımından bütünü görmek gibi kabul edilir. Aynı şekilde katlanmış olan kumaşlarda kumaşın dışından bir kısmını görmek, muhayyerliği ortadan kaldırma bakımından kumaşın bütünü görmek gibidir.

**Paylaştırmada
koşul
muhayyerliği**

Şatışta olduğu gibi paylaştırmada da muhayyerlik (taksimden belirli bir süre içinde dönebilmeyi) koşul koymak câizdir. Çünkü paylaşırma, rızanın tam olmasına ve bozmaya açık olma bakımından satış gibidir. Muhayyerlik, rıza tamamlanmadığında olur. Sadece muhayyerlik hakkı devam ettiği sürece yapılan işlemin bağlayıcı olmaması için muhayyerlik hakkı olan kişiye bozabilme hakkı koşul konulmuştur.

**Taksimde
muhayyerliğin
kullanılıp
kullanılmadığı
konusunda
anlaşmazlık**

Üç gün geçtikten sonra taraflardan birisi, üçüncü gün muhayyerlik hakkını kullandığını diğeri ise o kişinin paylaşırma işlemini onayladığını iddia etse, onaylayanın bulunduğu iddia eden kişinin sözü kabul edilir. Çünkü bozma olmaksızın sürenin geçmiş olması akdi tamamlar. Şu durumda, akde onay verildiğini iddia eden kişi dış görünüşü esas almaktadır. Her iki taraf da tanık getirirse, paylaşırma işlemini reddettiğini iddia eden kişinin tanıkları kabul edilir. Çünkü onun tanıkları akdin bozulduğunu ispat etmektedir. İspat etme ihtiyacında olan kişi de bozmayı iddia edendir.

**Muhayyerlik
hakkını
düşünen
şeyler**

Muhayyerlik hakkına sahip olan bir kişinin evden kendi payına düşen yere yerleşmesi, yapılan paylaşıma razı olup, seçim hakkını ortadan kaldırma anlamına gelir. Biz bu konudaki farklı rivayetleri "Satışlar" konusunda açıkladık. Muhammed (rh.a.) "buna razı olmuştur" sözü ile paylaşım sonrasında kişinin oraya taşınıp

oturmasını kastetmektedir. Çünkü o, "Paylaşım sırasında zaten orada oturmakta olup, paylaşımdan sonra da oturmaya devam ederse sayılmaz." demektedir.

Aynı şekilde seçim hakkına sahip olan kişi, kendi payına düşen yerde bina yapar veya herhangi bir şeyi yıkar badana yapar, avlunun duvarını çamur ile sivar, araziye eker veya sular, meyveleri toplar, ağaç diker, hurmaları aşılar, üzümeleri toplarsa; bütün bunlar paylaşımına razı olma anlamına gelir. Çünkü bunlar genellikle kişinin kendi mülkünde yaptığı tasarruflardır. Kişinin bunu yapması orasının kendi mülkü olmasına razı olduğunu gösterir. Rızaya delil olan şey, muhayyerlik hakkının düşmesi bakımından açıkça razı olduğunu bildirmek gibidir.

[15/41]

Baba ve vasiinin küçük çocuk adına paylaşım yapması

Babanın, her türlü malda, küçük ve bunak çocuğu adına yapacağı paylaşım aşırı aldanma (gabn-ı fahiş)nin bulunmadığı sürece geçerlidir. Çünkü baba, aşırı aldanma olmadığı sürece çocuğunun mallarını satma yetkisine sahiptir. Bu konuda babanın razı olması, çocuğun ve bunağın razı olmaya ehil olup da razı olmaları gibi kabul edilir. Paylaşımında da aynı durum söz konusudur. Bu konuda babanın atadığı vasiyet görevlisi, babanın ölümünden sonra onun yerine geçer. Aynı şekilde babanın seçtiği bir vasiyet görevlisi bulunmadığı durumda dede, yani babanın babası da baba yerine geçer. Söz konusu kimselerin hiç birisi bulunmadığında annenin atadığı vasiyet görevlisinin, annenin miras olarak bıraktığı taşınmazların dışındaki mallarda yaptığı paylaşım, geçerlidir. Çünkü bu konuda annenin vasiyet görevlisi, annenin yerine geçer. Bilindiği gibi, annenin küçük çocuğunun taşınmazlar dışındaki mallarını satması geçerlidir. Annenin ölümünden sonra onun vasiyet görevlisinin tasarrufları da aynı hükme tâbidir. Çünkü annenin taşınmazlar dışındaki mallarda; çocuğunun mallarını koruma, satma ve paylaşım yetkisi vardır. Çünkü söz konusu tasarruflarda çocuğun mallarını koruma özelliği bulunmaktadır. Oysa bu durum akarlar için geçerli değildir. Aynı şekilde erkek kardeşin, amcanın, amca oğlunun atadığı vasiyet görevlisinin, onlardan çocuğa kalan mirası paylaşım konusundaki tasarrufları çocuk hakkında geçerlidir. Bu vasiyet görevlisinin, bunlar dışında birisinden çocuğa geçen mirası paylaşım yetkisi yoktur. Çünkü vasiyet görevlisi, kendisini atayanın yerine geçmektedir. Dolayısıyla vasiyet görevlisi, kendisini atayan kişiden miras kalan malları koruma yetkisine sahiptir. Ayrıca bu malların korunmasında vasiyet görevlisi atayan kişinin yararı söz konusudur. Çünkü ölenin bir borcu ortaya çıktığında bu mallar borca karşılık satılır. Vasiyet görevlisi, başkasından geçen mirası koruma konusunda yetkiye sahip değildir. Nitekim bu konuda vasî (vasiyet görevlisi) atayan kişi de bu yetkiye sahip değildir. Çünkü başkasından geçen malı korumak, vasî atayan kişinin yararını kollama anlamına gelmez. Bu, yalnızca yetimi koruyup gözetme anlamı taşımaktadır. Amca ve amca oğlunun atadığı vasiinin çocuğu koruma ve gözetme yetkisi yoktur. Babanın atadığı vasî ise böyle değildir. Çünkü çocuğun malı üzerinde belirtilen tasarrufların tümünü yapma konusunda babanın yetkisi vardır. Onun atadığı vasî de kendisinden sonra onun yerini alır.

Çocuğun babası veya vasîsi veya dedesi bulunuyorsa daha önce belirttiğimiz kişilerin (amca, amcaoğlu) atadığı vasî, onların bıraktığı mallardan akarlar dışındakileri de taksim etme yetkisine sahip olamaz. Çünkü babanın bulunması tıpkı çocuğun hâzır ve ergin bir şekilde bizzat bulunması gibidir. Eğer çocuk erginse ve orada varsa, söz konusu kişilerin atadığı vasînin çocuğun malını taksim etme konusunda hiçbir yetkisi olamaz. Aynı şekilde onun yerini alacak bir babası bulunduğu da böyledir. Çünkü baba çocuğunun çıkarını, tam bir şefkat ve yetkiye dayanarak tıpkı kendi çıkarını gözettiği gibi gözetir. Babanın bulunduğu durumda, amcanın atadığı vasînin çocuğu kollamasına ihtiyaç bulunmaz. Ancak baba ve vasî bulunmuyorsa durum farklıdır.

Babanın atadığı vasînin, ergin fakat hâzır olmayan çocuğu için, taşınmaz dışındaki mallarda yapacağı paylaşırma geçerlidir. Çünkü vasî, babanın geriye bıraktığı malları koruma hususunda babanın yerini almaktadır. Akarlar dışındaki malların paylaşırılması da terekenin korunmasına yöneliktir.

Annenin küçük çocuğu, amcanın yeğeni ve erkek kardeşin küçük kardeşi, kocanın, yaşı küçük olan (buluğa ermemiş olan) karısı ve ergin olup hâzır olmayanın bu yakınları için yapacakları taksim, baba veya babanın atadığı vasî bulunmasa bile geçerli değildir. Çünkü belirtilen kişilerin hiç birisi küçük üzerinde velilik hakkına sahip değildir. Bu nedenle küçüğün mallarını satma ve taksim etme yolundaki tasarrufları da geçerli olmaz. Bu kimselerin küçüğün mallarını taksim etmeleri, yalnızca vasî atayan kişinin mallarını korumaya ilişkin olarak geçerli olur. Küçüğün diğer mallarına gelince, bu kişilerle bunların vasîleri yabancı konumundadırlar.

**Paylaşırma
yapma
yetkisi
bulunmayan
kimseler**

Kâfir, köle ve mükâtebin; özgür olan, küçük Müslüman olan kendi çocuklarının mallarını taksim etmeleri câiz değildir. Çünkü bunların çocuk üzerinde velilik yetkisi yoktur. Küfür ve kölelik kişiyi Müslüman üzerinde velilik ehliyetinden çıkarır.

Bir çocuğu bulan kimsenin, bakımını üstlenmiş olsa bile, çocuğun mallarında yaptığı paylaşırma geçerli olmaz. Çünkü bulan kişinin, çocuğun mallarını satma ve satın alma konusunda bir yetkisi yoktur. Paylaşırma da bunun gibidir.

[15/42]

**Yargıcın
atadığı vasî ve
onun yetimin
malları
üzerindeki
yetkisi**

Yargıcın, yetim üzerine atadığı vasî, yetimin bütün işleri konusunda vasî atanmışsa, babanın atadığı vasî gibidir. Çünkü yargıcın, çocuğun babası gibi, onun hem malını hem de kendisini içine alan tam bir veliliği vardır. Yargıç tarafından atanan vasî de babanın atadığı vasî gibidir.

Yargıç bir kimseyi, yalnızca çocuğa yapılacak harcamalar veya çocuğun her hangi bir malını koruma konusunda vasî atamışsa, bu vasînin çocuğun malını taksim etmesi geçerli olmaz. Çünkü yargıcın bu kişiyi vasî ataması, onun tarafından verilmiş bir hükümdür. (mahkeme kararıdır.) Hüküm, sınırlandırılmaya elverişlidir. Ancak babanın, bir kimseyi belirli bir konuda vasî ataması bundan

farklıdır. Çünkü babanın vasî ataması, kendisinin ölümünden sonra çocuk üzerinde o kişiye velâyet (yetki) vermek anlamına gelir. Yetki ise bölünme kabul etmez.

Yargıcın atadığı sınırlı yetkiye sahip vasî ile babanın atadığı vasînin durumları arasındaki farkın gerekçesini şöyle açıklayabiliriz: Yargıcın atadığı vasî, yargıcın söz hakkı devam ettiği durumda tasarrufta bulunmaktadır. Yargıcın emrinin olmadığı konularda bu kişiye yetki vermeye ihtiyaç yoktur. Çünkü bu konularda yargıcın kendisi ilgililerin hakkını gözetebilir. Bu açıdan kayyim¹¹ atanması, vekil atamak gibidir. Babanın atadığı vasî ise babanın ölümünden ve kendisinin yararını gözetme imkânını yitirdikten sonra tasarrufta bulunmaktadır. Bu nedenle, çocuğun çıkarının gözetilmesinin gerekli olduğu konularda onun yetkisinin genel olmasına ihtiyaç vardır.

**Yargıcın
vasîsi ile
babanın
vasîsi
arasındaki
farklar**

Paylaştırılan, tek bir şey veya ölçülen veya tartılan şeylerden ise paylaştırmadan sonra, kendi payında bir kusur gören ortak, payını geri verip yapılan paylaştırmayı bozabilir. Nitekim kusur nedeniyle satın alınan malı geri vermekle satış akdi de bozulur. Paylaştırma işlemi tarafların kendi anlaşması ile gerçekleşsin, yargıcın hükmü ile gerçekleşsin hüküm aynıdır. Çünkü yargıç ortakların paylarını, her birine verdiğinin kusursuz olması koşuluna bağlı olarak ayırmaktadır. Dolayısıyla yapılan paylaştırma; ister karşılıklı anlaşma ile ister yargıcın hükmü ile olsun her bir ortak, kendi payının kusursuz olmasını isteme hakkına sahiptir. Kusur bulunduğunda hakkı yok olduğu için bu konuda muhayyer olur.

**Kusur (ayıp)
muhayyerliği**

“Koyun sürüsünden belirli sayıda koyun veya kumaş alan ortak malı teslim aldıktan sonra yalnızca kusurlu olan kısmı geri verir. Satış sözleşmesinde de hüküm aynıdır; Bir kişi iki koyun satın alıp onları teslim aldıktan sonra birinde bir kusur bulur da yalnızca kusurlu olanı geri verirse ortağın geri verdiği kusurlu mal, bu maldaki paylaştırma işlemi bozulduğu için, ortak mal olmaya devam eder. Payında kusur bulunan kişi, bu mal miktarınca diğer ortakların paylarından alır.”

Çünkü kusurlu malı geri verince, bölüşümden geri dönmesi geri verdiği malın bedeli miktarınca olur. Burada bedel, kusurlu mal miktarınca diğer ortakların payına düşen kısımdır. Satım sözleşmesinde alıcı, kusur nedeniyle malı geri verdiğinde, satıcıya ödediği bedeli geri aldığı gibi, burada da malı kusurlu olan kişi kusurlu malı geri verdiğinde bunun bedelini diğer ortaklardan alır.

Paylaştırma sonucu kişinin payına bir ev veya hizmetçi düşer de kişi kusuru gördükten sonra evde oturursa, veya kusurunu gördüğü halde câriyeye hizmet ettirirse istihsâna göre bu davranışlar, kusura razı olmak anlamına gelmez. Kiyasa

**Kusur
muhayyerliğini
düşüren ve
düşürmeyen
durumlar**

¹¹ **Kayyim;** Kısıtlı kimselerin işlerini üstlenen kimse. Belli bir işin görülmesi için veya bir malın idaresi için atanan temsilci.

göre ise bu, kusura razı olmaktır. Çünkü oturmak ve hizmet ettirmek genellikle insanın kendi sahip olduğu şey üzerinde yaptığı tasarruflardır. Kişinin bunları yapmaya girişmesi bunlar üzerindeki mülkiyet kurmaya razı olduğunu gösterir. Bu, tıpkı kişinin malın kusurlu olduğunu gördüğü halde; o malı satışa arz etmesi veya araziye ekmesi, tahılı öğütmesi, kumaşı kesmesi gibidir.

Fakat Muhammed (rh.a.) istihsan deliline göre hüküm vererek şöyle demiştir: "Oturma ve hizmet ettirme işlerini insan genellikle, sahibinin izni ile veya izni olmaksızın başkasının mülkünde de yapar. Dolayısıyla bunları yapmak kusura razı olmak anlamına gelmez. Ayrıca kişi bu fiilleri deneme maksadıyla da yapar. Bununla var olan kusurların maldan beklenen yararı elde etmeye engel olup olmadığına bakar. Şu durumda bu fiilleri yapmak, kusura razı olmak anlamına gelmez."

[15/43]

Bazılarına göre de Muhammed (rh.a.)'in burada evde oturma konusunda söyledikleri, koşul muhayyerliği devam ettiği sırada evde oturma hükmü konusundaki iki rivayetten birine dayanılarak söylenmiştir. Çünkü her iki durum arasında fark yoktur. Bazı fakihler iki durumu birbirinden ayırarak şöyle derler: "Burada kişinin hakkı, yok olan kısmı istemektir. Hakkını ortadan kaldırması kendisine zarar verir. Kişinin sadece evde oturması zararı yüklenmeye razı olmak anlamına gelmez. Koşul muhayyerliğinde ise kişinin hakkı yalnızca akdi bozmaktır. Evde oturmayı rıza olarak kabul ettiğimizde, kişinin akdi bozma hakkı ortadan kaldırılmış olur. Ancak bunda fazla bir zarar yoktur. Görmez misin koşul muhayyerliğine sahip olan kişi, malı geri vermesi mümkün olmazsa hiçbir şey geri alamaz. Kusur nedeniyle geri vermesi mümkün olmadığında ise bedelden kusurun payını geri alır."

Bir kimse paylaştırma sonucu kendi payına düşen hayvana bindiğinde veya elbiseyi giydiğinde yahut araziye suladığında bu mallardaki kusura razı olmuş olur. Çünkü bunlar genellikle insanın yalnızca kendi mülkünde yapacağı tasarruflardır. Kişi, elbisenin yırtık olup olmadığına veya ölçüsüne bakmak için giyerse bu da kusura razı olmak anlamına gelir. Koşul muhayyerliğine razı olmak anlamına gelmez. Çünkü muhayyerlik elbisenin kendisine uygun olup olmadığına bakmak için koşul konulur. Bu da ancak giymekle mümkün olur. Bu nedenle elbiseyi giymek muhayyerliği kaldırmaya razı olmak anlamına gelmez. Malda kusurun bulunması durumunda ise ayıp muhayyerliği, malın kusursuz olma özelliğinin yitirilmesi ve değerinde bir eksilmenin bulunması nedeniyledir. Bunu bilmek için elbiseyi giyip giymemenin bir etkisi yoktur. Kişi, elbisenin kusurlu olduğunu bilerek onu giydiğinde, bu hareket onun elbiseyi almaya razı olduğunu gösterir.

Bir kimse, paylaştırmada kendisine düşen evi, kusuru bulunduğunu bilmeksizin satsa, alıcı da kusur nedeniyle evi geri verse; ev sahibi yargıcın hükmü olmaksızın evi geri almışsa daha önce yapılan paylaştırmayı bozamaz. Çünkü

Kişinin kendisine düşen malı sattıktan sonra, malın bir kusur nedeniyle geri verilmesi

yapılan işlem ikâle (akdin karşılıklı rıza ile bozulması) gibidir. İkâle diğer ortaklar hakkında başlı başına bir satın alma gibidir. Ev sahibi, kusurlu olan evi yargıcın hükmü ile geri alırsa yapılan paylaştırmayı bozabilir. Bu konuda ispatta tanık getirmek ile yeminden kaçınmak eşittir. Çünkü bu, kişinin yaptığı satışı asıldan bozmasıdır. Satımdan önceki hüküm bu bozma nedeniyle geri döner.

Kusurlu olan evi satın alan alıcı, kusuru bilmeden evin bir kısmını yıkarsa, evi geri veremez. Ancak satıcıdan kusur nedeniyle olan değer farkını alır. Satıcı diğer ortaklardan bir şey alamaz. Çünkü evin mülkiyeti kendisinden çıktığı için onu diğer ortağa geri vermesi imkânsız duruma gelmiştir. Satış konusunda bu meselenin benzerinde Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.) arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu meselenin yeri "Sulh" konusudur. Paylaştırma konusundaki hüküm de böyle olmalıdır.

Paylaşım sonucu evi alan kişi, evi satmayıp bir bölümünü yıktıktan sonra bir kusur görse, kusur nedeniyle evin değerinde meydana gelen azalmayı diğer ortakların payından alır. Ancak diğer ortaklar paylaşımın bozulmasına ve evin yıkılmış olarak geri verilmesine razı olurlarsa, yapılan taksim bozulur. Çünkü evin bu şekilde geri verilmemesi, onların zararını önlemek içindi. Kendileri zarara razı olunca, ev geri verilip taksim bozulur. Razı olmadıklarında; onların çıkarını gözetmek nasıl gerekli ise, payına kusurlu ev düşen kişinin çıkarını gözetmek de gereklidir. Bu nedenle bu kişinin, evindeki kusurun miktarını diğer ortakların payından tahsil etme hakkı vardır.

Allah daha iyi bilir.

PAYLAŞILAN MALDA HAK İDDİA EDİLMESİ (TAKSİMDE İSTİHKAK)

Miras olarak veya satın alma sonucu iki kişi arasında yarı yarıya ortak olan bir evi, ortaklardan birisi evin üçte biri olan, altı yüz dirhem değerindeki ön cepheyi, diğeri de evin üçte ikisi olan, altı yüz dirhem değerindeki arka cepheyi alsa, daha sonra ön cepheyi alan kişinin payının yarısında bir hak sahibi çıksa; Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre ön tarafı alan, arka tarafı alan kişiden dilerse payının dörtte biri olan yüz elli dirhemi alır. Dilerse yapılan paylaşımı bozar.

[15/44]

İstihkaka
dair
örnek, 1

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise aldığı anda başkasına ait hak ortaya çıkan kişi, bu payı geri vererek yapılan bölüşümü bozar. Kalan kısım aralarında yarı yarıya ortak olarak kalır. Ebû Hafs'ın rivâyetine göre Muhammed (r.h.a.)'in Ebû Hanîfe (r.h.a.) ile aynı görüşte olduğu belirtilmiştir. Doğrusu da budur. İbn Semâa (r.h.a.)'nın belirttiğine göre o, Muhammed (r.h.a.)'e bu konudaki görüşünün ne

olduğunu sormak üzere bir mektup yazmış, Muhammed (rh.a.) bu mektuba verdiği cevapta Ebû Hanîfe (rh.a.) ile aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün dayandığı delil şudur; Ön cepheyi alan kişinin elindeki payın yarısının şayi olarak başkasına ait olduğu anlaşılınca ev üzerinde üçüncü bir ortak daha ortaya çıkmış olur. Üç kişiye ait bir evi, ortaklardan ikisi paylaştığında yapılan taksim geçerli olmaz. Nitekim hak sahibi, evin tamamının dörtte birine sahip olduğunda da bu hüküm geçerlidir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Her ne kadar hak sahibi yalnızca ön cepheye sahip olan kişinin payında hakka sahipse de, bu evin tümünün şayi' olması (ortaklığın belirli bir bölümde değil malın tamamında oranlı olması ve ortakların paylarının yerlerinin belli olmaması) sonucunu doğurur. Çünkü hak sahibi, ön cepheyi alan kişiden bunun yarısını aldığı anda, ön cephenin sahibi buradaki payını arka cephenin sahibinden alacaktır. Bu da, hakkın evin tamamına yayılmış şayi' bir parça olması gibidir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerinin delili ise şudur; Paylaştırma, satış ile aynı özelliklere sahiptir. Satım akdinde satılan malın bir bölümünün başkasına ait olduğunun anlaşılması akdi geçersiz kılmaz. Ancak satın alan için kalan kısımdaki satış sözleşmesini bozmakla, hak edilen kısmın bedelini satıcıdan geri isteme arasında seçme hakkı vardır. Nitekim kişi bir kimsenin evinin yarısını satın alsa daha sonra bu yarımda hak sahibi ortaya çıksa, satım akdi geçersiz olmaz. Aynı durum paylaştırmada da söz konusudur. Özellikle de yapılan taksim, mülklerin birbirinden ayrıştırılması (temyiz) şeklinde olmuşsa, malın bir kısmında hak sahibi çıkmış olsa bile, geri kalan kısımda yapılan paylaşımı bozmak daha uzak bir olasılıktır. Çünkü malda hak sahibinin ortaya çıkması ile meydana gelen durum, başlangıçta taksim yapılmasına engel değildir. Şöyle ki; Evin arka cephesi iki kişi arasında ortak olup evin ön cephesinin, yarısında üçüncü bir ortakları bulunsa, iki ortakdan birisi ön taraftaki paylarının yarısı ile arka tarafın dörtte birini almak, diğeri de kalanı almak üzere taksim yapsalar, bu geçerli olur. Başlangıçta taksime engel olmayan şey, yapılmış olan taksimin devam etmesine öncelikle engel olmaz. Ancak evin şayi' bir kısmında hak sahibi çıkmışsa durum farklıdır. Çünkü bu durum başlangıçta bilinse idi, yapılan taksim geçerli olmazdı. Daha sonra ortaya çıktığında da önceki taksim devam etmez. Bundan anlaşılmaktadır ki söz konusu mesele, evin ön kısmından belirli bir oda üzerinde hak sahibi çıkması meselesine benzermektedir. Bu durumda kalan kısımda taksim geçersiz duruma gelmediği gibi, üzerinde durduğumuz meselede kalan kısımda geçersiz olmaz.

Ön cepheyi alan kişi, yapılan paylaştırmının geçerli olmasını istediğinde, arka cephe sahibinden payının dörtte birini alır. Çünkü ön cephenin tümünde hak sahibi çıksa idi, diğer ortağın elindekinin yarısını alma hakkına sahip idi. Ön cephenin yarısında hak sahibi çıkınca, diğer ortağın elindekinin çeyreğini geri alır.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Evin tümünün değeri bin iki yüz dirhem olsa, ön cephenin yarısında hak sahibi çıktığında ilk iki ortağın mülkünün aslında dokuz yüz dirhem olduğu anlaşılmış olur. Her bir ortağın bundaki payı dört yüz elli dirhemdir. Ön cepheyi alan kişinin elinde, hakkın alınmasından sonra üç yüz dirhemlik pay kalmıştır. Arka cepheyi alan kişinin elindeki pay ise altı yüz dirheme denk düşmektedir. Bu nedenle ön cephenin sahibi arka cephe sahibinin elindeki payın dörtte birini alır. Bu, yüz elli dirhem eder. Bunun sonucunda hem ön cepheyi alan hem de arka cepheyi alan ortakların elindeki pay dört yüz ellişer dirheme denk olacaktır.

[15/45]

Ön cephenin sahibi kendi payının yarısını satmış olup, diğer yarısında da hak sahibi çıksa, satım sonucu eline ister bin, isterse on dirhem geçmiş olsun Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre arka cephenin sahibinden elindeki payın dörtte birini başvurup alır. Ebû Yusuf (r.h.a.)'a göre bu kişi arka cephe sahibinin elindeki payın yarısında ona ortak olur. Satım sonucu eline geçen paranın yarısını da ona verir. Muhammed (r.h.a.)'in bu konudaki görüşünde daha önce açıkladığımız gibi bir karışıklık bulunmaktadır.

Bu mesele daha önceki konudaki görüş farklılığına dayanmaktadır. Şöyle ki;

Ebû Yusuf (r.h.a.)'a göre malda hak sahibi ortaya çıktığında, yapılan paylaştırmının bozuk olduğu anlaşılmış olur. Bozuk satım akdi ile teslim alınan şeyin satılması geçerli olduğu gibi, bozuk olan paylaştırma sonucu teslim alınan şeyin satılması da geçerli olur. Bu mal, değeri ile ödemeye tabi olur. Bu nedenle ön cephe sahibi sattığı kısımdan elde ettiği bedelin yarısını arka cephe sahibine öder. Arka cephe sahibinin elindeki pay ise aralarında yarı yarıya ortak olur.

Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre kalan kısımda yapılan paylaştırma geçerlidir. Ön cephe sahibi geri kalan kısımda paylaştırmının geçerli olup olmaması konusunda seçim hakkına sahiptir. Ancak kendi payından bir kısmını satmakla seçim hakkı ortadan kalkmıştır. Bu durumda yapacağı tek şey, hak edilen kısmın karşılığını başvurup almaktır. Bu da daha önce açıkladığımız gibi arka cephe sahibinin payının dörtte biridir.

İki kişinin yarı yarıya ortak oldukları yüz ceriblik¹² bir arazi paylaştırılsa ve ortaklardan biri bin dirheme denk olan on ceriblik yer alsa (diğer ortak da değeri bin dirheme denk doksan ceriblik yer alsa), sonra ortaklardan her biri kendi payını değerinden daha yükseğe veya daha düşüğüne satsa, ardından on ceriblik bölümün bir ceribinde üçüncü bir hak sahibi çıksa, bunun üzerine burayı alan kişi

**Istihkaka
dair
örnek, 2**

¹² **Cerib:** Dönüm anlamındadır. Miktarı belde örflerine göre farkeder. Bazı beldelerde 1366,0416 m²

geri kalan kısmı satıcıya geri verse Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüne kıyasla, bu kısmın sahibi doksan cerîblik kısma sahip olan diğer ortaktan elli dirhem alır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüne göre dokuz cerîblik bölüm ortaklar arasında yarı yarıya ortak olur. Doksan cerîblik kısma sahip olan ortak diğerine beşyüz dirhem öder. Çünkü Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre on cerîblik kısmın bir cerîbinde şayi' olarak hak sahibi çıktıktan sonra daha önceki paylaştırmanın bozuk olduğu açığa çıkmıştır. Burayı satın alan kişi, hak sahibinin çıkmasından sonra satın alan satın aldığı kısmı, ayıp nedeniyle satıcıya geri vermekle yapılan satış da bozulmuş olur. On cerîbin sahibi sanki kendi payını hiç satmamış gibi olur. Dolayısıyla dokuz cerîb iki ortak arasında yarı yarıya ortak olur. Doksan cerîblik kısmın sahibi, bozuk paylaştırma sonucu teslim aldığı kısmı satmıştır. Bu satış geçerlidir. Satım sonucu elde ettiği bedelden diğer ortağın payını öder. Bu da beşyüz dirhem eder.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre yapılan taksim geçerli idi. Hak sahibinin ortaya çıkması ile anlaşılmıştır ki iki ortağın arazideki payı her bir ortağa dokuz yüz elli dirhem düşmek üzere bin dokuz yüz dirhemdir. On cerîb'in sahibi dokuz yüz dirhem, diğeri ise bin dirhem almıştır. Bu durumda on cerîb'in sahibi diğerinden elli dirhem alır. Çünkü bu kişi elindeki payı satmıştır. Elli dirhemi diğerinden tahsil ettikten sonra her birinin eline geçen, dokuz yüz elli dirhem olur.

İki kişi, ortak oldukları yüz koyunu taksim etseler; ortaklardan birisi değeri beşyüz dirheme denk kırk koyun, diğeri de değeri beşyüz dirheme denk altmış koyun alsa, sonra kırk koyunun içinden değeri on dirhem olan bir koyuna hak sahibi çıksa her üç imama göre de bu kişi altmış koyuna sahip olan diğer ortaktan beş dirhem alır.

Ebû Yusuf (rh.a.) bu mesele ile önceki meseleyi şu bakımdan birbirinden ayırmaktadır: Bu meselede, hak sahibi çıkan mal belirli bir koyundur. Bu, geri kalan bölümde paylaştırmanın geçersiz olmasını gerektirmez. Hak sahibinin çıkması ile anlaşılmıştır ki iki kişi arasında ortak olan miktar aslen dokuzyüz doksan dirhemdir. Kırk koyun sahibi bunun içinden dörtyüz doksan dirhem değerinde koyun, altmış koyun sahibi ise beşyüz dirhem değerinde koyun almıştır. Bundan dolayı az alan ortak diğerine beş dirhem için başvurur. Böylelikle her bir ortağın payı dörtyüz doksanbeş dirheme denk olur. Bu kişi, bu miktarı altmış koyuna sahip olan kişiden alır. Çünkü koyunlar onun elinde bulunmaktadır. Bu nedenle altmış koyunun sahibi altmış beş dirhemle, diğer ortak da dörtyüz doksanbeşle çarpar. (Toplam 30 bin pay eder.) Bunun yolu da şudur: Her beş dirhem aralarında ortak kabul edilir. Toplamı altı bin pay olur. Koyunlarından birinde hak iddia eden kişi, yüzde bir pay, payı fazla olan kişi de doksan dokuz pay alır.

Zâhirü'r-rivâye'ye göre payında hak sahibi çıkan ortak kalan kısımdaki taksimi bozamaz. Nitekim bir kişi belirli bir sayıda koyun alsa ve onlardan birinde hak sahibi çıksa, alıcı satım akdini bozamaz.

Istihkaka
dair
örnek, 3

[15/46]

Hasan b. Ziyâd'ın Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivayet ettiğine göre ise payında hak sahibi çıkan ortak, kalan kısımda taksimi bozma yetkisine sahiptir. Satımda da aynı durum söz konusudur. Çünkü akit kendisinin aleyhine olarak bölünmüş olmaktadır. Hak sahibi çıkan kısımda ise akit temelden geçersizdir. Bunun teslimden önce olması ile sonra olması arasında fark yoktur.

İki kişi arasında yarı yarıya ortak olan bir kür¹³ buğdayın; on kafizi¹⁴ ayrı olarak kaliteli, otuz kafizi de ayrı olarak kalitesiz olsa; ortaklardan birisi kendi hakkı olarak on kafizi diğeri de otuz kafizi almak isteseler bu geçerli olmaz. Çünkü bu paylaştırmada satım akdi özelliği vardır. Bilindiği gibi satım akdinde buğdayı kendi cinsi ile birisi fazla olarak değiştirmek fâizdir.

**İstihkaka
dair
örnek, 4**

Otuz kafizlik bölümü alan kişi diğerine belirli bir kumaş vererek malı buna göre aralarında taksim etseler, bu taksim geçerlidir. "Akdi geçerli kılmak için, fazladan verilen buğday, kumaş karşılığında verilmiş olarak kabul edilir." şeklindeki prensibimize uygun olur.

Otuz kafizden on mahtûm¹⁵ una hak sahibi çıkarsa, kumaşı veren kişi verdiği kumaşın yarısını alır. *Ziyâdâtü'z-ziyâdât* adlı kitapta şöyle denilmektedir: "Bu meselede verdiği elbisenin üçte biri ile kaliteli olan buğdayın altıda birini alır." Denildiğine göre burada söylenilen, kıyasa göre verilmiş hükümdür. "el-Asl" adlı kitabın "Paylaştırma (kısmet)" bölümünde andığı ise istihsâna göre verilmiş bir hükümdür.

Kıyasın dayandığı delil şudur; Kalitesiz olan buğdayın tamamının başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa, bunun sahibi diğerinden kumaşın tümünü ve kaliteli buğdayın yarısını geri alır. Bilindiği gibi on, otuzun üçte biridir. On kafizlik kısmın sahibi çıktığında, parçayı bütüne kıyas etme prensibinden hareketle bunun üçte birlik kısmını geri alır. Bundaki espi şudur: Kişi otuz kafiz içinden on kafizi kendisinin mülkü olması itibarıyla almıştır. On kafizi de diğer ortağın aldığı on kafiz karşılığında almıştır. Diğer on kafiz ise kumaş karşılığında alınmıştır. İstihkak edilen on kafiz, otuz kafizin bütünü içine yayılmıştır (şâyîdir). Bunun üçte biri kişinin kendi mülkü karşılığında olduğu için, bu kısım için hiç kimseden bir şey alamaz. Üçte biri, kumaşa karşılık aldığıdır. Onun bedeli için başvurabilir. Diğer üçte bir ise, paylaşma sonucu aldığı kısımdır. Bu kısım için kaliteli buğdayın miktarına denk olacak kadar diğer ortaktan alır. Bunun miktarı da bir tam üçte iki kafizdir. Çünkü on kafizin tümü istihkak edilse idi, bu kişi diğerinden beş kafiz alırdı. Üçte birinde hak sahibi çıktığında ise beş kafizin üçte birini alır. Beş kafiz'in üçte biri, bir tam üçte iki kafiz yapar ki bu, iyi buğdayın altıda biridir.

¹³ Hanefilere göre 2348,280 kg buğday diğerlerine göre 1563,840 kg buğday alan ölçek.

¹⁴ **Kafiz**; 12 sa' miktara denk bir ölçek. Sa', 1040 dirhem buğday alan ölçü birimidir.

¹⁵ **Mahtûm**; Sâ' demektir. Oynanılmaması için sultan tarafından mühürlendiği için sâ'a bu ad verilmiştir.

[15/47]

İstihsan'ın dayandığı delil ise şudur; bilinmezlik eşit olduğunda, başkası tarafından hak edilen kısım malın bütününe şayi' olmuş kabul edilir. Ancak bu bilinmezlik farklı olduğunda böyle olmaz.

Nitekim kişi bir kumaş ve on dirhem ağırlığındaki bir gümüş parçasını yirmi dirheme satsa ve taraflar bedelleri teslim alsalar, sonra da yirmi dirhem on dirheminde hak sahibi çıksa, istihkak edilen bölüm yalnızca kumaşın bedeli olan kısım kabul edilir. Çünkü istihkak edilen on dirhem bir bölümü, gümüş parça karşılığında kabul edilse, bu miktar oranınca gümüş parça üzerinde yapılan akit geçersiz olur. İstihkak edilen bölüm, kumaşın semeni (bedeli) kabul edilirse akit, gümüş parça üzerinde geçersiz olmaz. Eşitlik bulunmadığında, akdi geçerli olarak bırakmak için bu kısım, kumaşın semeni olarak kabul edilir.

Burada da durum böyledir. Çünkü paylaşırma ile amaçlanan, mülklerin birbirinden ayrıştırılmasıdır. Bedelli değişimde ise satış özelliği bulunmaktadır. Paylaşırmanın amacı ile satım arasında eşitlik yoktur. Bu nedenle imkân ölçüsünde ayrıştırma özelliğini devam ettirmek için, başkasına ait olduğu anlaşılan malın hiç bir bölümü, paylaşırma sonucu kişinin aldığı kısımdan kabul edilmez. Hak edilen malın bir bölümü, kişinin paylaşırma sonucu aldığı on dirhem karşılığı olarak kabul edilse yapılan paylaşırma bozulur. Yeniden yapılmasına ihtiyaç duyulur. Bu nedenle daha önceki paylaşırma bozmamak için, hak edilen kısım, paylaşırma sonucu elde edilen kısım karşılığı olarak kabul edilmez.

Bu mesele hak iddia edilen on kafizlik kısmı, paylaşırma sonucu alınan on kafizin dışındaki kısımda kabul edersek, bu hak edilen on kafizin yarısı kumaş karşılığında satın alınan on kafizlik kısma, yarısı da kendi mülkü olan on kafizlik kısma denk gelir. Kendi mülkündeki istihkak dolayısı ile kimseden bir şey alamaz. Kumaş karşılığında satın aldığı 10 kafizin yarısındaki istihkak dolayısı ile bedelin yarısı için başvurur. Bedelin (semenin) yarısı da verdiği kumaşın yarısıdır. Bu nedenle diğer kişiden kumaşın yarısını alır. Ancak istihkak sonucu alınan on kafiz, kişinin kumaş karşılığında aldığı yirmi kafizin yarısı olarak kabul edilir. Bu yirmi kafizin onunu kendisinin eski mülkiyeti nedeniyle, diğer onu da kumaşın bedeli olarak almıştır. Bu durumda istihkak sonucu alınan buğdayın yarısı kumaş karşılığında olduğu için, kişi yalnızca diğer ortağa verdiği kumaşın yarısını alır.

**İstihkaka
dair örnek, 5**

"Bir kür buğday ve bir kür arpa iki kişi arasında ortak olsa, ortaklar bunları paylaşsalar; birisi otuz mahtûm kalitesiz buğday ile on mahtûm kaliteli arpa, diğeri de on mahtûm kaliteli buğday ile otuz mahtûm kalitesiz arpa alsa, daha sonra kalitesiz olan arpanın yarısında başkasının hakkının olduğu ortaya çıksa kalitesiz buğdayı alan kişi on mahtûm buğdayın çeyreğini (2,5 mahtûm) diğerinden alır."

Bu, yanlışlığı açık olan bir hükümdür. Çünkü on mahtûmluk kaliteli buğday, başkası tarafından hak iddia edilen buğdayın sahibine aittir. Bu durumda bu kişi on mahtûmluk buğdayın çeyreğini diğerinden nasıl alabilir? Doğru olan eski

nüşhalardaki şu ifadedir: "Elindeki buğdayın başkasına ait olduğu anlaşılan kişi, buğdayların dörtte birini geri alır." Bununla diğer ortağın paylaşım sonucu aldığı otuz mahtûmluk kalitesiz buğday kastedilmektedir ki bunun dörtte biri yedi buçuk kafiz yapmaktadır. Bu, istihsâna göre verilmiş hükümdür.

Kıyasa göre ise "*Ziyâdâtü'z-Ziyâdat*"ta belirtildiğine göre, payında başkasının hakkı ortaya çıkan kişi, diğerinden beş kafiz kalitesiz buğday ile iki buçuk kafiz kaliteli arpa alır.

Kıyasın dayandığı delil şudur; Kişinin elindeki kalitesiz arpanın tümünün başkasına ait olduğu anlaşılrsa idi, bu kişi diğerinden kalitesiz olan buğdayın üçte biri olan on kafizi ve kaliteli arpanın yarısı olan beş kafizi alırdı. Kalitesiz arpanın yarısının başkasına ait olduğu anlaşılınca arpa ve buğdayın yarısını geri alır.

Bunun gerekçesini şöyle açıklayabiliriz: Kişi paylaşım sonucunda otuz kafiz kalitesiz arpa almıştır. Bunun on kafizi kendisinin eski mülküdür. On kafizi paylaşım sonucu aldığıdır. Diğer ortak ise paylaşım sonucu on kafiz kaliteli arpa almıştır. On kafiz arpayı da on kafiz kalitesiz buğday karşılığı almıştır. Arpanın yarısının başkasına ait olduğu anlaşıldığında bunun üçte biri, arpayı alanın eski mülkü karşılığındadır, bu yüzden bu kısımda hiç kimseden birşey alamaz. Diğer üçte biri öbür ortaktan bedel olarak aldığı şeyin karşılığına denk düşmektedir. Bu nedenle diğer ortağa bedel olarak verdiği şeyin yarısını geri alır. Bu da beş kafiz kalitesiz buğday yapmaktadır. Diğer üçte bir ise paylaşım sonucu elde ettiği buğdaydır. Bu kısmın yarısı miktarında diğer ortaktan kaliteli arpa alır. Bu da iki buçuk kafiz yapmaktadır.

[15/48]

İstihsan delili ise daha önce açıkladığımız gibi şudur: Mülklerin ayrıştırılması özelliğini devam ettirme bakımından, başkasına ait olduğu anlaşılan kısmın hiç bir bölümü, paylaşım sonucu alınan kısma karşılık sayılmaz. Aksine bunun yarısı, kişinin eski mülkiyetinin, diğer yarısı da bedelini ödeyerek aldığı kısmın içinden alınmış olarak kabul edilir. Bu nedenle kişi, bunun bedelini diğer ortaktan alır. Bu da kalitesiz buğdaydan yedi buçuk kafiz yapar. Çünkü otuz kafizin dörtte biri yedi buçuk kafizdir. İşte bu nedenle Muhammed (rh.a.) "Buğday mahtûmların dörtte birini alır." demiştir.

Bir ev iki kişi arasında yarı yarıya ortak olup ortaklar evi aralarında paylaşırsalar, onlardan birisi altı yüz dirhem değerinde olan ön cepheyi, diğeri de öbür ortağı kendisine yüz dirhem vermesi koşuluyla değeri dört yüz dirhem olan arka cepheyi alsın, sonra her ortak kendi paylarını satsalar, daha sonra ön cephenin çeyreğinin başka birine ait olduğu anlaşılrsa ve alıcı bedelden bu miktara denk düşen kısmı satıcıdan geri alıp kalan kısımda da satışı geçerli kılarsa, ön cephenin sahibi arka cephenin sahibinden yüzelli dirhem alır. Bunun elli dirhemi ona ödediği yüz dirhemden yarısıdır, geriye kalan yüz dirhem de arka cephenin dörtte bir (arka cephenin tümünün sekizde bir) değeridir. Çünkü ön cephenin tümü başkası

İstihkaka
dair örnek, 6

tarafından istihkak edilse idi, ön cephenin sahibi, diğer ortağa ödediği yüz dirhemi ve arka cephenin değerinin yarısını alacaktı. Bu da ikiyüz dirhem eder. Ön cephenin tümü değil de yarısı istihkak edilse, üç yüz dirhemden yarısını alır. Bu da yüzelli dirhem eder. Bunun yüz dirhemlik kısmında ön cephe sahibi alıcı konumunda idi. Malın yarısı başkasına ait olduğundan, bedelin yarısını diğer ortaktan alır. Malda başka hak sahibinin ortaya çıkması ile daha önceki iki ortağın mülkünün yediyüz dirheme denk olduğu anlaşılmıştır. Onlardan her birinin hakkı üçyüz elliser dirhemdir. Arka cepheyi alan kişi dörtyüz dirhem almıştır. Ön cephenin sahibi ise paylaşırma sonunda ikiyüz elli dirheme denk düşen yer almıştır. Bu nedenle diğer ortağın payının dörtte birini geri alır. Bu da yüz dirhem yapar. Sonuç olarak her bir ortak kendi hakkı olan üç yüz elli dirhemi almış olur. Ön cephenin sahibi arka cephe sahibine yüz dirhem yerine belirli bir kumaş vermiş olsaydı, bu kumaşın yarısı ile birlikte yüz dirhem geri alırdı. Çünkü istihkak sonucu alınan payın yarısı, kumaşa bedel olan payın yarısıdır. Dolayısıyla ödediği bedelin yarısını alır. Ödediği bedelin yarısı da kumaşın yarısıdır.

Istihkaka
dair örnek, 7

İki kişi ortak oldukları bir arazi ve bir evi paylaşırsalar ve arazi sahibinin ev sahibine bin dirhem değerinde bir köle vermesi koşuluyla birisi evi diğeri araziyi alsa, evin değeri bin dirhem, arazinin değeri de iki bin dirhem olup, taraflar paylarını alsalar, sonra ev sahibi evini satsa, fakat evin bir odasının üstünde birisi hak iddia etse ve bu oda ile alt kısım tüm evin onda biri değerinde olsa, evin yirmide biri başkasına ait olmaktadır. Alıcı, istihkak edilen kısmın bedelini satıcıdan alıp, geri kalan kısmını da elinde tutsa, Ebû Hanîfe ve Muhammed (r.h.a.)'in görüşlerine kıyasla evin ilk sahibi arazi sahibinin arazisinin değerinden onaltı dirhem ve dört dânik¹⁶ alır. Ebû Yusuf (r.h.a.)'a göre ise bu miktarı arazinin değerinden değil kendisinden alarak, arazinin bu miktarında ortak olur. Gerçekte imamlar arasında bu konuda görüş ayrılığı olmadığı söylenmiştir.

[15/49]

Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin görüşünü şöyle yorumlayabiliriz: Kişi, bu kadar küçük arazi parçasından yararlanamaz. Bu nedenle kendisine bu miktarı değerini arazi sahibinden alma hakkı tanınır. Bununla birlikte kişi, arazinin bu kadar ufak parçasının kendisine verilmesine razı olursa, bu miktarı alma hakkı vardır. Kişinin belirtilen miktar (16 dirhem, 4 dânik) alabilmesinin nedeni şudur; arazinin yarısı köle karşılığındadır. Diğer yarısını ise evle paylaşmanın karşılığı almıştır. Evin değeri bin dirhem idi. Evin değerinden yirmide birin, yani elli dirhemden başkasına ait olduğu ortaya çıkınca, iki ortak arasındaki mülkün miktarının aslında iki bin dokuzyüz elli dirhem olduğu anlaşılmış olur. Bu ortakların her birinin payı bin dörtyüz yetmiş beş dirhemdir. Arazi sahibi iki bin dirhem almıştır. Bunun bin dirhemi karşı tarafa verdiği köle karşılığıdır. Bin dirhemi de paylaşırma sonucudur. Diğer ortak dokuzyüz elli dirhem teslim almıştır. Bu nedenle diğer ortaktan on altı

¹⁶ Dânik: Bir dirhemden altıda biri 0.495 gr.

dirhem dört dânik alır. Böylelikle paylaşırma sonucu dokuz yüz altmış altı dirhem ve bir dirhemini üçte ikisini almış olur. Diğer ortak da paylaşırma ile bu kadar alır.

Ebû İsmet (rh.a.) şöyle demiştir: “Bu hüküm tartışmaya açıktır. Gerçekte bu kişi değerinden yirmi beş dirhem almalıdır. Çünkü her bir ortağın payı daha önce açıkladığımız gibi bin dört yüz yetmiş beş dirhemdir.”

Biz ise şöyle diyoruz: “Bu, daha önce açıkladığımız Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin, “üst kat alt katın yarısına denktir.” prensibine dayanır. Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demiştir: Paylaşırma sırasında alt katın bir zirâ’ı üst katın iki zirâ’ına denk tutulur. Dolayısıyla bir odanın üst tarafında başka bir hak sahibi ortaya çıktığında bu üst, alt ile birlikte evin (konağın) onda birine denk gelir. Bundan anlaşılmaktadır ki başkasına ait olan kısım otuzda birdir. Bu da otuz üç dirhem ve bir dirhemini üçte biri yapar. Kişi bu miktarın yarısını ortağından alır. Belirtilen miktarın yarısı da on altı dirhem ve bir dirhemini üçte ikisi eder. İşte verilen hüküm bu prensibe göre doğru olmaktadır.”

Paylaşırma tek bir konakta veya tek bir arazide olup, ortaklardan birinin binası kendi payındaki arsada olsa; daha sonra bu bölgenin başkasına ait olduğu anlaşılrsa, o da paylaşırmaı bozsa ve kendi binasının değerini diğer ortaktan alamaz. Çünkü satın alma durumunda binanın değerinin geri alınabilmesi aldatma nedeniyledir. Paylaşırma ise aldatma yoktur. Ortaklardan birisi paylaşırmaı istediğinde diğer ortak bunu yapmaya mecburdur. Yargıcın zorla yaptığı paylaşırma işleminde diğer ortağa haksızlık etmiş olmaz. Bu nedenle bina sahibi binasının değerini diğer ortaktan alamaz. Bu şuna benzer; şuf’a (ön alım) hakkına sahip olan kimse şuf’a yolu ile konağı alsın ve burada bir bina yapsa, daha sonra bu konakta bir hak sahibi çıksa ve binayı yıksa, şuf’a yolu ile evi alan kişi, daha önceden o evi satın alan kişiden binanın değerini alamaz. Biz şuf’a bahsinin sonunda esir alınan câriye ile ilgili olarak bu meselenin benzerini anmış bulunuyoruz.

Şu da bu meselenin benzerlerindendir: İki kişiye ait olan bir câriyeden ortaklardan birisi çocuk yapsa, daha sonra da câriyenin başkasına ait olduğu anlaşılrsa, bu kişi çocuğun değerini câriye sahibine ödese, diğer ortaktan çocuğun değeri ile ilgili bir şey alamaz. Aynı şekilde kişi oğlunun câriyesinden çocuk sahibi olsa, sonra da câriyede başkası hak iddia etse onun için adam, câriyenin doğurduğu çocuğun değerini ona ödese, oğlu kendisini aldatmamış olduğu için ondan herhangi bir şey alamaz. Gaspçı bundan farklıdır. Çünkü câriyesi gasp edilen kişi câriyenin değerini gaspçıya ödettirdikten sonra, gaspçı ondan çocuk sahibi olsa, daha sonra da câriyenin başka bir sahibi ortaya çıksa ve gaspçı bu kişiye çocuğun değerini ödese câriyenin gerçek sahibine ödediği bedeli, malını gaspettiği kişiden geri alır. Bu, Ebû Yusuf (rh.a.)’tan rivayet edilmiş, diğer imamlardan buna aykırı birşey rivayet edilmemiştir. Çünkü malı gaspedilen kişi seçim hakkına sahiptir. O câriyenin (âdet olup) temizlenmesi vaktine kadar

[15/50]

bekleme imkânına sahip idi. Dolayısıyla o, değeri ödettirerek câriyeyi gaspçıya temlik etmekle onu aldatmış olmaktadır.

İki ev veya iki arazi taksim edilse, her iki ortak onlardan birini alsa, daha sonra ortaklardan birisi kendi payında bina yapsa, fakat burada başka birinin hakkının olduğu ortaya çıksa o kişi binanın değerinin yarısını diğer ortaktan alır. Bu hükmün Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin "Evlerde ve arazilerde bu şekilde zorla taksim yapılamaz." prensibine dayanan görüşü olduğu söylenmiştir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bunlarda zorla taksim yapılabilir. Onlara göre bununla tek konak eşittir.

(Serahsî şöyle demektedir:) "Bana göre daha doğru olan, bu görüşün tüm imamlara ait olduğudur. Çünkü Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.), konakların zorla taksimi konusundaki hükmü mutlak olarak söylememişlerdir. Aksine Muhammed (rh.a.) bu konuda şöyle söylemiştir: "Yargıç bunların tek bir defada taksim edilmesinde taraflar açısından yarar görürse bunu yapabilir. İki ortak yargıcın bu konuda tarafların yararını görmesini beklemeyerek evleri taksim etmişlerdir. Bu, iki ortağın kendi istekleri ile yaptıkları bedelli (muâvazalı) bir taksimdir. Böyle durumlarda "aldatma" göz önüne alınır. Bu nedenle arazisi elinden alınan kişi, diğerinden binasının değerinin yarısını alır. Çünkü onun binasını yaptığı bölgenin yarısı eski mülküdür. Diğer yarısını da paylaşma sonucu almıştır.

Aynı şekilde iki ortak iki câriyeyi aralarında paylaşırsalar, ortaklardan birisi kendi payına düşen câriye ile cinsel ilişki kursa ve câriye bir çocuk doğursa, daha sonra câriyenin gerçek sahibi ortaya çıksa ve paylaşma sonucu bu câriyeyi alan ortak, câriye sahibine çocuğun değerini ödese, diğer ortaktan bunun yarısını alır. Bu hüküm, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüdür. Çünkü ona göre köleler konusunda zorla taksim yapılamaz. Dolayısıyla yapılan taksim ortakların kendi istekleri ile yaptıkları bedelli bir değişimdir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise kölelerde zorla taksim geçerlidir. Bu nedenle burada aldatma söz konusu olmaz. Dolayısıyla çocuğun değerini ödeyen kişi diğer ortaktan bir şey alamaz. Diğer ortağın elindeki câriyenin yarısı onun olur. Çünkü ortaklardan birinin payı, yabancı birine ait olduğundan yapılan paylaşma geçersiz olmuştur. Eğer o kişi câriyeyi başkasına satmışsa değerinin yarısını câriyesi elinden alınan ortağa verir. Çünkü satılan câriye geçersiz bir paylaşım ile teslim alınmıştı. Yapılan satım akdi geçerli olmuştur. Bu durumda elde ettiği bedelden diğer ortağın payını öder. Bu da bedelin yarısıdır.

Aynı şekilde iki kişi, bir konakta bulunan birbirinden ayrı iki evi taksim ettiklerinde; birbirinden farklı olan iki evin, birbirinden ayrı iki konak hükmünde olduğunu açıklamıştık.

Yargıç, birbirinden ayrı konakları taksim ederek, her bir ortağın payını bir konakta toplasa ve bu taksime ortakları zorlarsa, sonra ortaklardan birisi kendisine düşen evde bina yapsa, fakat bu konakta bir hak sahibi çıkarak bina yıkılsa, bu

ortak diğer ortaklardan binanın değerini alamaz. Çünkü yargıç birbirinden ayrı bulunan evleri paylaşım konusunda birleştirip, her bir ortağa bir ev verince farklı evler tek bir ev gibi olmuştur. Tek bir evde yargıcın zorlaması ile taksim yapıldığında aldatma bulunmadığı için, burada da yargıcın uygun görmesi ile, bu durum (tek bir ev gibi kabul edilme) gerçekleşmiş, taksim ona göre yapılmıştır. Dolayısıyla ortada aldatma yoktur. Bu nedenle binası yıkılan kişi binanın değerinden herhangi bir miktarı diğer ortaklardan alamaz.

İki ortak iki konağı aralarında paylaşarak, birer konak alsalar ve ortaklardan birisi kendi aldığı konakta bir bina yapıp, sonra yıkıp yok etse, daha sonra diğer evin duvarında bir kiriş miktarı veya su kanalı veya yol veya temeli ile birlikte bir duvar miktarı, yahut bir odanın binasında hak iddia edilse, evinde başkasına ait hak çıkan ortak, seçim hakkına sahiptir; Dilerse yapılan paylaşımın tümünü bozar. Yaptığı binayı yıkar. Yıktığının değerini de ödettirir. Dilerse taksimi bozmaz. Bir şey ödettirmez. Elindekine razı olur. Bu hükmün Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşleri olduğu söylenmiştir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise diğer ortağın yaptığı binayı yıkmaya yetkisine sahip olamaz. Çünkü *"el-Câmiu's-sağîr"*de belirtildiğine göre fâsit (bozuk) akitle bir yer satın alan kişi, orada bina yapsa bununla satıcının geri alma hakkı Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ortadan kalkar. Alıcının yaptığı binayı yıkamaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu kişi binayı yıktırabilir. Bizim meselemizde kişi, yapılan paylaşmayı bozmayı seçerse, diğer ortağın, evi fâsit bir paylaşım sonucunda aldığı anlaşılmış olur. Bu da, fâsit satım akdi ile teslim alınan mal gibidir.

[15/51]

Hâkim eş-Şehîd (rh.a.) şöyle demiştir: "Bu hükmün bütün imamların görüşü olması olasıdır. Çünkü bu hüküm; Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin doğru olan görüşüne göre "alıcının, fâsit akitle satın aldığı evde bina yapması" meselesine göre çıkarılmıştır. Muhammed (rh.a.) *"el-Câmiu's-sağîr"*de Ebû Yusuf'un Ebû Hanîfe (rh.a.)'den aktardığı "Ev, bina yapılmış olması nedeniyle, fâsit akitle orayı satın alan alıcının elinde bırakılır." görüşünü, "bildiğim kadarıyla" diyerek bu konudaki şüphesini belirtmiştir."

Bu meselenin; Ebû Yusuf ve Muhammed'in, Ebû Hanîfe (rh.a.)'den rivayet konusunda birbiri ile tartıştığı konulardan biri olduğu söylenmiştir. "Bir şey alamaz." ifadesi yalnızca kiriş yeri veya su kanalının sahibinin çıkması ile ilgili bir hüküm olabilir. Çünkü bu ikisi dışındakilerde, bir sahip çıktığında elinden alınan kişi kendi payına düşen miktarın aynısını, mümkün olmazsa değerini diğerinden alma hakkına sahiptir.

Ortaklardan biri bir konak, diğeri de değeri bu eve denk iki konak alsa daha sonra bu iki konaktan birinin sahibi çıksa, elinden evi alınan kişi paylaşımı bozma yetkisine sahip değildir. Bu kişi diğer eve sahip olmaya devam eder. Bunun yanında diğer ortaktan elindeki evin değerinin dörtte birini alır. Bu şuna benzer; Kişi iki ev

satın alıp teslim olsa daha sonra onlardan birinin sahibi çıksa, alıcı diğer evde seçim hakkına sahip değildir. Onun yapacağı, elinden alınan evin bedelini satıcıdan almaktır. Bu meselede de sahibi çıkmamış olan ev konusunda seçim hakkına sahip değildir. Sahibi çıkan evin bedelini de diğer ortaktan alır. Bunun bedeli de elinden alınan evin dörtte biridir. Bu da diğer ortağın elindeki evin dörtte birine denktir. Çünkü her iki evin sahibi çıkmış olsaydı bu kişi diğer ortağın elindeki evin yarısını alabilirdi. Evlerden birinin sahibi çıktığında da değerler eşit ise, daha önce belirttiğimiz gibi dörtte biri alır.

Allah daha iyi bilir.

PAYLAŞTIRILAMAYAN ŞEYLER

Taksim
amacı

“Hamam, duvar vb. şeylerin paylaşılmasında zarar bulunduğu için bunlar ortaklar arasında paylaştırılmaz. Paylaştırmanın maksadı, paydaşların yararını çoğaltmaktır. Paylaştırma sonucu bir zarar oluyor ve ortaklar daha önce olduğu üzere paylarından yararlanamıyorlarsa yargıç, paylaşırma konusunda onları zorlayamaz.”

Fakat ortaklar paylaşım için karşılıklı olarak anlaşılırsa, taraflar zarara razı olduğu için, yargıç taksim eder.

[15/52]

Taksim
ortakların
zararına
olduğu halde
tarafının
taksime razı
olması

Bizim âlimlerimizden bir kısmı hamam konusunda şöyle demiştir: “Ortaklardan her biri hamamın paylaştırılmasından sonra da kendi paylarında oda yapmak vb. bir yolla yararlanabilir. Ortakların hamamı paylaşırma maksatları da bu olabilir.” Duvara gelince ortakların her biri duvarı yıkmaksızın ondan yararlanma konusunda anlaşılırsa, aynı hüküm burada da söz konusudur. Ortaklar duvarı yıkıp, payları aralarında bölüşme konusunda anlaşılırsa bu, mülkiyeti iptal etme unsurunu içerdiğinden, yargıç bunu yapmaz. Ancak ortaklar bunu kendileri yaparlarsa buna da engel olmaz.

Ortaklardan bir bölümü istemediğinde yargıç küçük odayı ortaklar arasında taksim etmez. Çünkü ortaklar paylaştırmadan sonra kendi paylarından yararlanamazlar. Ancak ortakların payları birbirinden farklı olur da, büyük pay sahibi paylaşırma sonrasında kendi payından yararlanabiliyorsa, bu ortak paylaşırmayı istediğinde yargıç paylaşır. Çünkü o, yargıçtan, başkasının kendi mülkünden yararlanmasına son vermesini istemekte, bir anlamda haksızlıktan şikâyet etmektedir.

Başkasının
arazisinde
onun izni ile
yapılan ortak
binanın
paylaştırılması

Sahipler; bir başka kişinin arazisinde onun izniyle yaptıkları binalarını arazi sahibi yokken paylaşırma isteseler, karşılıklı rıza ile bunu yapabilirler. Birisi bundan kaçınırsa, paylaşırma zorlanamaz. Çünkü ortaklar paylaşırma sonrasında binadaki paylarını devam ettirme ve ondan yararlanma imkânı bulamayacaktır. Çünkü arazi başkasına ait olup, onların elinde âriyet veya kira

olarak bulunmaktadır. Aynı şekilde arazinin her bir kısmı da ortaklar arasında bu şekildedir. Her bir ortak, kendi ellerinde âriyet veya kira olarak bulunan şeyden değerinin yalnız başına yararlanmasını engelleyebilir. Dolayısıyla her bir ortak paylaşırma geçerli olsaydı değerini, binayı kaldırmakla yükümlü tutabilirdi. İşte bunda her ikisi için zarar bulunduğundan yargıç bunu yapmaz.

Birisi gelip binanın yıkılmasını istese, bu paylaştırmada mülkü telef etme bulunmaktadır. Daha önce açıkladığımız üzere yargıç bunu yapmaz. Ancak taraflar bunu yapmayı isterlerse, buna da engel olmaz. Arazi sahibi bu kişileri araziden çıkarırsa, onlar binayı yıkarlar. Çünkü arazi sahibinin arazisi iki ortağın elinde âriyet olarak bulunmaktadır. Âriyet veren kişi dilediği zaman verdiği şeyi geri alma hakkına sahiptir. Bundan dolayı arazi sahibi bina sahiplerini binalarını yıkmakla yükümlü tutar. Yıkılan enkaz taraflar arasında paylaştırmaya elverişlidir. Dolayısıyla ortaklardan bazısının isteği üzerine yargıç bunu yapar.

Bir grup insanın ortak olarak sahip olduğu bir yol bulursa, yolun paylaşılması durumunda bazı ortakların yolu ve çıkış yeri kalmasa, bu yol paylaşılır. Çünkü ortaklardan bir kısmı kendi mülkünün yararını yitirdiği için, bu taksim zarar doğurur. Bu konuda paylaştırmadan kaçınan kişinin büyük ya da küçük pay sahibi olması farketmez. Çünkü her biri, paylaştırmadan önce kendi mülküne bu yoldan geçme hakkına sahipti. Bu hususta payı az olan çok olana eşittir. Paylaştırmada onun hakkını ortadan kaldırma vardır. Oda ise böyle değildir. Çünkü burada yararlanma bizzat odanın kendisi üzerinde söz konusudur. Bu hususta payı çok olan, az olana eşit değildir. Payı az olanın, payından yararlanamaması paylaşırma nedeniyle değil, payı az olduğu içindir. Bu nedenle yargıç, payı çok olan kişinin istemi ile ortak olan odayı taksim eder. Yolun paylaşılmasında ise taraflardan bir kısmı, payının küçük olması nedeniyle bundan zarar görüyorsa veya taksim sonrasında başka bir yol bulamıyorsa, yargıç taksim etmez. Ancak taraflar karşılıklı olarak razı olmuşlarsa taksim eder.

Paylaştırmada sonrasında her bir ortağın geçeceği kadar yol kalıyorsa, ortaklardan birinin istemi ile yol paylaşılır. Çünkü bu taksimde ortaklardan bir kısmının yararını ortadan kaldırma değil, her bir ortağın kendisine ait mülkten yalnızca kendisinin yararlanmasını sağlama vardır. Yolun kendisi, arazi gibi ortaklar arasında ortaktır. Bunun paylaşılması da taraflardan bazılarının istemi ile olur.

Bir yol iki kişi arasında ortak olup, paylaşıldığında hiç birisi bu yoldan geçemese, bununla birlikte her biri kendi evinden bir kapı açma ve başka bir taraftan yol bulma imkânına sahip ise, ortaklardan biri yolun paylaşılmasını isteyip diğeri istemese, yol paylaşılır. Çünkü bu paylaştırmada hiç bir ortağın zararı yoktur. Her bir ortak kendi mülküne bir başka yoldan geçme imkânına sahiptir. Kişinin mülküne şu veya bu yoldan geçmesi arasında bir fark yoktur.

**Ortak yolun
paylaşılması**

[15/53]

**Ortak olan
su tahliye
kanalının
taksimi**

Bir atık su akıtma kanalı iki kişi arasında ortak olsa, onlardan birisi bunun paylaştırılmasını istediği halde diğeri istemese, taksimden kaçınan kişinin bundan başka su akıtma kanalı varsa burası paylaştırılır. Bundan başka zarara uğramadan suyu boşaltacak kanal yoksa kanal taksim edilmez. Bununla yol birbirine eşittir. Su kanalı edinmeden amaç, suyun akıtılmasını sağlayarak yararlanmak, yol edinme ile amaçlanan ise gelip geçmedir. Tarafların atık suyu şuradan veya buradan akıtması mümkün olup bunda kendileri açısından bir zarar bulunmuyorsa, hakları açısından bir farklılık yoktur. Tarafların zararının bulunmaması koşul konulmuştur. Çünkü taksimin yapılması bir açıdan uygun olmakla birlikte, diğer bir açıdan zararsız olması mümkün olmayabilir.

Paylaştırılması durumunda ortakların her birinin yararlanması mümkün olmayacak derecede küçük olan bir arazide, ortaklardan bazıları paylaştırmayı istese, taksim yapılmaz. Bununla daha önce geçen küçük oda meselesi birbirinin aynısıdır.

İki ortağın çarşıda birlikte mal sattıkları veya iş yaptıkları ortak bir dükkânları bulunsa, ortaklardan birisi taksim istediğinde bakılır; Paylaştırma sonrasında her bir ortağın çalışabileceği kadar yer düşüyorsa paylaştırılır. Düşmüyorsa zarar bulunduğu için paylaştırılmaz.

Başkasına ait bir arazide mirasçıların ekini bulunsa ve mirasçılar ekinleri paylaşmak isteseler, tarafların tümü paylaştırmaya razı olsun olmasın, ekinler olgunlaşmışsa biçilinceye kadar taksim edilmez. Çünkü buğday, fâize konu olan mallardandır. Dolayısıyla ölçülmeden, tahminî olarak taksim edilmesi caiz olmaz. Ekinler biçilmedikçe de onların ölçülerek taksim edilmesi mümkün olmaz.

Arazide ekili olan şey sebze ise, paylaşırma tüm ortaklar için zararlı olduğu için paylaştırılmaz. Çünkü ortaklar, paylaşırma sonrasında arazi sahibinin izni olmaksızın sebzeyi tarlada bırakma imkânına sahip değildirler. Çünkü sebzenin ekili olduğu alan, ortakların tümüne âriyet olarak verilmiştir. Ancak taraflar kendi paylarına düşen sebzeleri toplamayı koşul koyarlarsa bu durum farklıdır. Onlar bu koşulla sebzeleri paylaşırlarsa bu paylaşırma geçerli olur. Çünkü daha önce açıkladığımız üzere, bu mülkün bir kısmını telef etmedir. Yargıç bunu kendisi yapmaz. Ortaklar karşılıklı rıza ile yaparlarsa buna da engel olmaz.

Bir arazi iki kişi arasında ortak olup, ortaklar arazinin kendisini değil, oradaki ekinleri paylaşmak isteseler; ekinlerin hasat vaktine kadar arazide kalmasını koşul koyarlarsa bu paylaşırma câiz olmaz. Eğer ekinleri derhal biçmeyi koşul koyup bunda anlaşılırlarsa yapılan taksim geçerli olur. Bu konuda taksim satış gibidir. Ekinler yetişmeden önce arazide bırakmak koşuluyla satmak câiz olmayıp, kesme koşuluyla satma câiz olduğu gibi paylaştırmada da aynı durum söz konusudur.

Aynı şekilde bir hurmalıktaki hurmalar iki kişi arasında ortak olup, ortaklar hurmaları dalında bırakmak koşuluyla aralarında paylaşılsalar bu câiz olmaz.

**Ortak
dükkanın
taksimi**

**Tarladaki
ekinlerin
hasat
edilmeden
taksimi**

Ortaklar, kendilerine düşen payı toplamak koşuluyla taksim etseler, tıpkı satımda olduğu gibi bu geçerli olur.

Paylaştırmadan sonra ortaklardan birisi kendi payına düşen kısmı dalında bırakma konusunda diğer ortaklardan izin istese ve onlar da buna izin verseler ve meyveler yetişip olgunlaşsa, bu kendisine helal olur. Bu kişi ortakların rızası olmaksızın meyveleri bırakırsa fazlalığı sadaka olarak vermesi gerekir. Bu şuna benzer; Meyveleri hurma dalında iken, olgunlaşmadan önce satın alan kişi satıcının izni ile onları dalında bıraksa, fazlalık kendisine helal olur.

Paylaştırmının yapılabilmesi için kırılması veya kesilmesi gereken şeyler taksim edilmez. Çünkü bu, malın bir kısmını telef etmektir. Ancak bütün ortaklar bu tür malları kendi rızaları ile taksim ederlerse, buna engel olunmaz. Ama bunu hakim yapmaz.

Kişi, koyunların üzerinde bulunan yünleri iki kişiye vasiyet etse, onlar da yünler kesilmeden önce bunları taksim etmek isteseler taksim edilmez. Hayvanın memesindeki süt de böyledir. Çünkü bunlar tartılan ve ölçülen mallardan oldukları için fâizin söz konusu olduğu mallardandır. Bu nedenle ancak tartma veya ölçme yolu ile taksim edilebilirler. Bu ise sütün sağılması ve yünlerin kesilmesinden sonra mümkün olabilir.

Ana karnındaki yavrunun hiç bir durumda paylaşılması câiz değildir. Çünkü bunda zarar ve bilinmezlik vardır. Ayrıca taksimden maksat paylaşılacak şeyi ele geçirmektir. Ana karnındaki hayvan için ise bu düşünülemez. Çünkü ortaklardan her biri hayvan doğurmadan önce kendi payını ele alamaz. Ortaklar karşılıklı rıza ile bu taksimi yapsalar bile bu geçerli olmaz.

Bir sepet hurma veya bir küp sirke iki kişi arasında ortak olup onlardan birisi bunun taksim edilmesini istese, taksim edilir. Çünkü söz konusu eşya ölçülen ve tartılan şeylerdendir. Bu eşyanın paylaşılması tam anlamıyla mülklerin birbirinden ayrıştırılması (temyiz) olur. Ortaklardan her biri bunu yalnız başına yapabileceği gibi, onlardan bir kısmının istemesi ile hakim de bunu yapabilir.

Paylaşılacak istenen şey; Kütük, kapı, değirmen veya yük hayvanı olup, ortaklardan birisi taksim isterse, taksim yapılmaz. Çünkü bunlar, bir zarar olmaksızın taksim edilemez.

Aynı şekilde inci veya yakut tanesi de zarar olmaksızın paylaşılabilir. İnci ve yakutlar birden fazla olursa, ortaklardan birisi paylaşımını istediğinde paylaşılır. Çünkü bunların sayıları fazla olduğunda, ortaklar arasında paylaşımında yarar vardır. Değer açısından dengeyi gerçekleştirmek de mümkündür.

Bir kalkan iki kişi arasında ortak olup, ortaklardan birisi paylaşılmasını istese diğeri de bundan kaçınsa, kalkanın kesilmesinden taraflardan biri zarar görüyorsa bu paylaşılır. Taraflar zarar görmüyorsa paylaşılır ve kesilir. Bu, taraflar

arasında ortak olan bir kumaşın paylaştırılmasına benzer. Kalkanların sayısı birden fazla olursa ortaklar arasında taksim edilir. Çünkü burada paylaştırma için kesmeye ihtiyaç duyulmaz. Bu, aynı türden olan birden fazla kumaşın paylaştırılmasına benzer.

Gümüş ve altın külçesi ile demir, tunç ve bakır dışında altın ve gümüşe benzeyen madenlerin kalıba dökülmüş olmayan parçaları taksim edilir. Çünkü bunların kesilmesinde ortaklardan hiç birisi zarar görmez.

Aynı şekilde bir evin alt katı başkasına ait olup üst katı iki kişiye ait olsa ve burası paylaştırıldığı taktirde yararlanabilecekleri büyüklükte olsa, yahut üst kat başkasına ait olduğu halde alt kat iki kişiye ait olsa, ortaklardan birinin istemi ile buralar taksim edilir. Çünkü alt kat da üst kat da oturulacak yerlerdir. Buraların paylaştırılmasında ortaklardan her birinin yararı tam olarak gerçekleştirilmiş olmaktadır.

[15/55]

Bir kuyu, pınar, kanal veya nehir iki kişi arasında ortak olsa, fakat bu kişilerin ortak arazisi bulunmasa, ortaklardan birisi paylaşımı istediği halde diğeri istemezse bunlar taksim edilmez. Çünkü söz konusu şeyler paylaşımaya elverişli değildir. Bunları paylaşmak her ortağın zararınadır. Bunlarla birlikte, ortakların ortak bir arazisi olup yalnızca sayılan su kaynaklarından su alma imkânları bulunsa arazi onlar arasında taksim edilip, kanal, kuyu ve nehir, aralarında önceki durumu üzere bırakılır. Her biri bu kaynaklardan arazisini sular. Ortaklardan her biri arazisini sulamak üzere başka bir kaynaktan su alma imkânına sahipse veya tarafların ortak olduğu araziler, nehirler ve kuyular birbirinden ayrı ise, bunlar paylaştırılır. Çünkü bu paylaştırmada ortaklardan hiç birisi zarar görmez. Yahut da burada nehir ve pınarın taksimi arazilerin taksimine tâbidir. Bu taksim, satışa benzer. Bilindiği gibi sulama hakkı her ne kadar doğrudan satılamasa da, satımda araziye tâbi olarak akde girebilir. Aynı durum taksimde de söz konusudur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demiştir: "Bu bölümde belirtilen şeylerde ortaklardan bir kısmı satışı istese bile bunların hiç birinde, ben satış yapmaya zorlamam."

Mâlik (rh.a.) de şöyle demiştir: Ortak olan şey iki taraf arasında bölünmeye elverişli değilse taraflardan birinin istemesi durumunda yargıç, diğer tarafı payını satmaya zorlar. Yahut da yargıç bu malı kendisi satar. Bedeli ortaklar arasında taksim eder. Çünkü bundan başka, tarafların kendi paylarının yararını elde etme imkânları yoktur. Taraflardan her birinin yararını alabilmesi için, yargıç onları paylaştırmaya zorlama yetkisine sahip olduğu gibi, paylaştırmamanın mümkün olmadığı tüm durumlarda da satma yetkisine sahiptir. "Ortaklardan her biri kendi payını satabilir." denilemez. Çünkü o, bundan zarar görür. Çünkü ortak mülkteki paylar ancak düşük fiyata satılabilir. Bu durumda zararı ortadan kaldırmak için yargıcın zorla satma yetkisine sahip olması gerekir."

**Yargıcın
bölünmesi
mümkün
olmayan
ortak mal
satması**

Biz Hanefilerin bu konudaki delilimiz şudur; Satışa zorlama, özgür bir kişinin tasarruflarını kısıtlama anlamına gelir. Bu ise bize göre câiz değildir. Ayrıca ortaklardan her biri kendi payını satabilir. Bu durumda bir ortağın tasarrufunun diğer ortağın payında tâbi olarak geçerli olması için, ortağı satışa zorlamaya ihtiyaç yoktur. Mâlik (rh.a.)’in “ortak mülkteki pay düşük fiyata satılır.” sözüne gelince; Ortak kendi payına, ortak olarak sahip olmaktadır. Dolayısıyla kendi payındaki hakkını da ortak olarak alır. Yargıç sattığında bunun dışında bir fazlalık elde etmektedir. Halbuki onun bu fazlalıkta hakkı bulunmamaktadır.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Yargıcın zorlama yetkisi paylaştırmada olduğu gibi; ihrâz ve mülkü elde etme gerekçesine dayanmaktadır. Bu meselede ise zorlama, mülkiyeti ortadan kaldırmaktadır. İnsanların mülklerinin bedelinde değil de, bizzat kendisinde istedikleri amaçları bulunabilir. Görmez misin ortaklardan birisi diğerinin payını kendisine satma konusunda zorlayamaz. Öyle olunca yabancı birine satmaya öncelikle zorlanamaz.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

İÇİNDE BAŞKASINA AİT YOL BULUNAN KONAĞIN TAKSİM EDİLMESİ

“İkrime (rh.a.)’den rivayet edildiğine göre Resûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

Yol
genişliği

أَذْرَعُوا الطَّرِيقَ سَعَةً أَذْرَعُوا . ثُمَّ ابْنُوا

“Yolu yedi zira olarak ölçün, sonra da bina yapın.”¹⁷

Bazı âlimler (rh.a.) bu hadisin açık anlamına dayanarak şöyle demişlerdir: “Ortaklar arasında yol konusunda anlaşmazlık çıktığında yolun yedi zirâ¹⁸ olarak hesaplanması gerekir.”

Biz ise bu görüşte değiliz.”

Çünkü bu, çoğunluğun karşı karşıya bulunduğu bir durumla ilgili olarak rivayet edilmiş bir haberi vâhid’dir.¹⁹ İnsanların bu hükme aykırı olarak davranmaları yaygındır. Çünkü biz, insanların şehirlerde edindikleri yolların genişliklerinin farklı olduğunu görmekteyiz. Bu hadis sahih olsaydı insanlar tümüyle ona uygun davranmayı terketmezdi. Çünkü kimse dinde sabit olan bir

[15/56]

¹⁷ Ali el-Müttakî, *Kenzü’l-ummâl*, IX/423.

¹⁸ **Zirâ**: Omuzdan veya dirsekten parmak ucuna kadar olan kısım. Dilimizde “arşın” olarak bilinen takriben 68 santimetrelilik uzunluk ölçüsü.

¹⁹ **Haber-i vâhid**; mütevâtir ve meşhur mertebesine ulaşmayan her devirde bir veya iki gibi sınırlı sayıdaki ravinin yine kendileri gibi sınırlı sayıda raviden rivayet ettikleri hadistir.

Mülkiyeti iki kişiye ait olan yolda üçüncü bir kişinin geçiş hakkının olması durumunda yolun taksimi

ölçüden daha az veya daha fazlasını yapamaz. Hem sonra bu hadis sahih kabul edilse bile şu şekilde yorumlanır; Hadiste söz konusu olan durum belirli bir olaya özgü idi. Resûlullah (s.a.v.) ortakların yol ihtiyacının yedi zirâ' olduğunu gördü. Bu nedenle bu miktar yeri bırakarak bunun dışındaki bölümde bina yapmalarını emretti. Peygamber (s.a.v.) bunu, dinde yol miktarını belirlemek için değil, ortakların bu konudaki yararlarını açıklamak için yapmıştır.

İki kişi, aralarında ortak olan bu evi (konağı) paylaşmak isteseler, evin arsasında başkasına ait bir yol bulunsa, yol sahibi bu taksime engel olamaz. Ona, genişliği, evin en büyük kapısının genişliği kadar, boyu da evin kapısından, yol hakkına sahip olan kişinin kapısına kadar bir yol bırakırlar. Evin geri kalan kısmı ortaklar arasında hakları oranında paylaştırılır. Çünkü yol sahibinin, evin geri kalan kısmında hakkı yoktur. Evin tümü paylaşım öncesinde iki ortak arasında yarı yarıya olduğu gibi, paylaşım sonrasında yol da aralarında yarı yarıya bırakılır. Çünkü yolun mülkiyeti kendilerine aittir. Orada taksim yapılmamıştır. Bu durumda yol, paylaşım öncesinde olduğu gibi kalmaya devam eder. Yol hakkı bulunan diğer kişi de bu yolu kullanmaya devam eder.

Yolun genişliği, evin kapısının genişliği kadar bırakılmıştır. Çünkü bu, üzerinde tarafların görüş birliği ettikleri yol miktarıdır. Anlaşmazlık bulunan durumlarda görüş birliği edilen miktara yönelinir. Ayrıca yolun genişliğinin bundan daha fazla olmasında bir yarar olmaz. Çünkü kişi, bu yolda evin kapısından kendi evine sokacağı şeyleri taşır. Bu nedenle kendisine genişliği evin en büyük kapısının genişliği kadar, boyu da kendi evinin kapısına kadar olan yol yeterli olur. Hak sahiplerinin tümü aralarında anlaşmadıkça bu yolu paylaştıramazlar. Çünkü bu yoldaki geçiş hakkı, yol sahibinin önceden elde edilmiş bir hakkıdır. Ev sahiplerinin bina yaparak bu hakkı ortadan kaldıramayacakları gibi, taksim etmek suretiyle de hakkı ortadan kaldıramazlar. Ev sahipleri ile yolda hakkı bulunan kişi rızaları ile bu yolu satarlarsa, bedeli aralarında paylaşırlar. Arazi sahiplerinin her biri üçte bir alır. Geçiş hakkına sahip olan kişi de üçte bir alır. Çünkü yoldan elde edilmesi beklenen yarar, oradan gelip-geçmektir. Bu konuda geçiş hakkına sahip olan kişi, yolda hakkı bulunduğu için yola sahip olan kişilere eşit olmaktadır. Bundan dolayı yolun satılmasından elde edilen bedelde de eşit olurlar.

Kerhî (rh.a.) şöyle derdi: "Bu mesele geçiş hakkına sahip olan kişinin aynı zamanda yolun mülkiyetinde de pay sahibi olması durumunda böyle anlaşılır." Fakat geçiş hakkına sahip olan kişinin yolun mülkiyetinde bir hakkı bulunmazsa bedelden pay alamaz. Çünkü bedel (semen), yararın (manfaatin) değil, aynın karşılığıdır. Bu da yalnızca ayna sahip olan kişiye aittir. Geçiş hakkına sahip olan kişinin ise hakkı malın kendisinde değil yararındadır. Geçiş hakkına sahip olan kişi satışa razı olursa kendi hakkının ortadan kalkmasına razı olmuş olur. Dolayısıyla satıştan alınan parada ortak olma hakkı bulunmaz. Görmez misin yolun kendisi

olmaksızın yalnızca geçiş hakkının satılması câiz değildir. Bundan anlaşılmaktadır ki satıştan alınan parada geçiş hakkına sahip olan kişinin hakkına karşılık bir şey yoktur.”

Muhammed (rh.a.)’den geçiş hakkına sahip olan kişi bedelden, kendi hakkına karşılık olan kısmı alabileceği de rivayet edilmiştir.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: İki kişiye ait olan bir yolda başkasının geçiş hakkı bulunduğu yolda sahiplerinin mülklerinin değeri, yolda başkasına ait geçiş hakkı bulunmadığı duruma göre daha eksik olur. Geçiş hakkına sahip olan kişi, yola sahip olan iki ortakta bu farkı alır. Bu durumda ortaklardan her biri yol satıldığında kendi hakkının karşılığını alır.

[15/57]

Bu konuda en doğrusu *Zâhirü’r-rivâye*’de belirtilen hükümdür. Çünkü yoldan elde edilmek istenen tek yarar geçiştir. Bir şeyin ekonomik ve hukuki değeri, elde edilmek istenen yarar bakımındandır. Bu nedenle satış câizdir. Yol sahipleri ile geçiş hakkına sahip olan kişi bu konuda eşit olunca onların her birinin hakkı ebediyete kadar sürer. Dolayısıyla satış işlemi onların rızası olmaksızın gerçekleşmez. Bu nedenle biz onların satış bedelinden eşit olarak pay alacaklarını belirttik.

Bir kişinin, başkalarına ait bir evin arazisinden atık su kanalı olsa (mesîl), evin sahipleri evi bölüşmek istediklerinde mesîl sahibi onlara engel olamaz. Ev sahipleri ona su akıtma yeri bırakırlar. Bu ve daha önce açıkladığımız yol konusu açıkladığımız gerekçeyle eşittirler.

Paylaştırılmak istenen konağın bir tarafında bir kişinin, başka bir yerinde de başka birinin yolu bulunuyorsa; bu iki kişinin evine giden, genişliği evin kapısının genişliğinde tek bir yol bırakılır. Geri kalan kısmı sahipleri arasında paylaştırılır. Çünkü yol sahiplerinin her birinin amaçları kendi mülklerine gidip gelmektir. Evin kapısından, her bir geçiş hakkı sahibinin yolunun kendi evinin kapısına ayrıldığı yere kadar kapı genişliğinde bir yol bırakılması ile bu amaç karşılanır. Onlardan her birisi kendisine özel, evin en büyük kapısı genişliğinde bir yol bırakılmasını isterlerse, zorluk çıkarmayı istemektedir. Onun bu isteğine bakılmaz. Söz konusu kişilerin yollarının ayrıldığı yere kadar tek bir yol, sonra da her birinin kendi evinin kapısına kadar yol bırakılır. Yol hakkı bulunan evin sahibinin kapısı yolun bulunduğu evin en büyük kapısından daha büyük ise, kendisine verilecek yolun genişliği yalnızca evin kapısının genişliği kadar olur. Çünkü onun kendi kapısı daha geniş olsa bile, evin en büyük kapısından giremeyen şeyleri bu yoldan taşıyamaz.

Aynı şekilde bir kimsenin, başka birinin evinde sofası bulursa ve sofanın yolu eve kadar olsa, ev sahipleri bu kişiye sofanın kapısının genişliğinde değil, evinin kapısının genişliğinde yol bırakırlar.

Kişinin bu konağa doğru giden yolda bir evi bulursa, konak takdim edilip de kendisine yol bırakıldığında isterse kendi evinden bu yola iki ya da üç kapı açabilir.

Çünkü kapı açmak duvarın bir bölümünü yıkmakla olur. Kişi duvarının tümünü yıkmak istese, hiç kimse buna engel olamaz. Aynı şekilde evin duvarında iki veya üç kapı açmak istediğinde de ona engel olunamaz. Çünkü evine, hangi kapıdan girerse girsün bu yolda geçiş hakkına sahip olan odur. Bir kapı açmayı hangi nedenle hak ediyorsa, iki kapı açmayı da aynı nedenle hak eder. Bu tasarrufla o, kendisine ait olan haktan daha fazlasını almış olmamaktadır.

Bu ev iki kişiye ait olup onlar evi taksim etselerdi ve ortaklardan her biri yola bir kapı açmayı isteselerdi, bunu yapabilirlerdi. Çünkü onların bu yoldan kendi evlerine geçme hakları vardır. Bir kapıdan geçmekle iki kapıdan geçmeleri arasında fark yoktur.

[15/58]

Ev sahibi bir kişi olur da bu evin yanında başka bir konak satın alırsa, bu konaktan bu eve doğru bir kapı ve evden konağa doğru bir yol açarsa, evde ve konakta oturan aynı kişi ise bu kişi, hem iki konak arasındaki yoldan hem de evden konağa doğru açtığı yoldan geçiş hakkına sahip olur. Çünkü o, bu yoldan evine gitme hakkına sahiptir. Evine girdikten sonra buradan konağına girmesine kimse engel olamaz. Çünkü kendisine ait mülkün bir tarafından diğer tarafına gitmektedir. Ayrıca burada ev sahibi ile konak sahibi aynı olduğu için yol sahiplerinin bir zararı olmamaktadır. Konağın başka bir sâkini daha bulunursa o kişi bu yoldan geçemez. Çünkü konak sahibinin bu yolda geçiş hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla o, kendisi için daha önceden var olmayan bir hakkı var kılamaz. Geçiş hakkına sahip olan kişi, başkasına ait olan bir mülkten, hakkı olandan daha fazla yararlanmayı istemektedir. Bunu yapma hakkına sahip değildir. Ev ve konak sahibi aynı olduğunda ise durum farklıdır. Biz bu konuda geçiş hakkı ile su alma hakkı arasındaki farkı daha önce açıklamıştık.

Yol sahiplerinin yol konusunda anlaşmazlığa düşmeleri

Yolu kullananlar yol hakkında anlaşmazlığa düşerek her biri yolun kendisine ait olduğunu iddia etse, yolun gerçekte kime ait olduğu bilinmediğinde, iddia sahiplerinin hepsi yola sahip olma ve onu kullanma konusunda eşit olduklarından, yol eşit olarak aralarında ortak olur. Yol, bu kimselerin sahip oldukları konak ve evlerin yüz ölçümüne göre ortak olmaz. Çünkü küçük ev sahibinin yola olan ihtiyacı büyük ev sahibi ile aynıdır. Su alma hakkı ise böyle değildir. Çünkü bu konuda anlaşmazlık olduğunda su alma hakkı kişilerin arazilerinin ölçüsüne göre hesaplanır. Çünkü burada ihtiyaç, arazinin büyüklük ve küçüklüğüne göre değişir. Bu nedenle durum karışıklık arzedenince, görünüş esas alınarak su alma hakkı aralarında ihtiyaçlarına göre hesaplanır. Yol konusunda ise anlaşmazlığa düşen kişilerin yol üzerindeki geçişe olan ihtiyaçları eşittir. Bu nedenle yol da aralarında eşit olarak hesaplanır.

Bu açıklamalarla önceki meselede işaret ettiğimiz şu durum açıklığa kavuşmaktadır; Ev sahibi, satın aldığı konağı evine eklemekle kendisi için yol üzerinde fazladan hak meydana getirmemektedir. Anlaşmazlık durumunda yolun

bölüşümünde ev sahiplerinin evlerinin ölçüsü göz önüne alınsaydı, ev sahibi satın aldığı konağı evine ekleyemezdi.

Yolun aslının daha önce aralarında nasıl ortak olduğu bilinmekte ise, yol aralarında buna göre kabul edilir. Çünkü bizim esas aldığımız bir ölçü de, dış görünüşdür (zâhirdir). Aksine bir şey bilinmediğinde esas alınır.

Aksine bir delil bulunmadıkça görünen durumun esas alınacağı

Bir kişinin konağı, diğerinin de bu konakta yolu bulunsa ve konak sahibi ölüp, mirasçılar yol sahibinin hakkını bırakarak konağı bölüşseler, paylaşırma geçerli olur. Ev sahipleri yolu satıp bedeli, aralarında bölüşmek istediklerinde yol sahibi bunun yarısını, mirasçılar da yarısını alır. Çünkü mirasçılar, miras bırakanın yerini alırlar. Miras bırakan kişi sağ olup da diğer kişi ile birlikte yolu satsaydı bedel aralarında yarı yarıya olurdu. O ölüp de mirasçıları çoğalınca onun payı çoğalmadığı gibi yol hakkına sahip olanın hakkı da azalmaz. Çünkü onlar yol üzerinde hak sahibi olma konusunda birbirine eşittir. Evin aslının ev sahiplerine miras kaldığı bilinmese ve onlar da bunu inkar etseler, ev sahipleri ve yol hakkı olan kişi yolda eşit olarak ortaklırlar. Biz aykırı bir durum bilinmediği sürece hükmün dış görünüşe dayandırılacağını belirtmiştik. Dış görünüşe göre hem yol sahibi, hem de ev sahibi kendi payında asıldır. Yolun bedelinin aralarında bölüşülmesinde bu dış görünüş dikkate alınır.

Bir konaktaki odalardan biri bir kimsenin, ikisi de başka birinin elinde olsa, üçüncü bir kişinin elinde de büyük bir ev bulunsa; her üç ortak evin tümünün kendisine ait olduğunu iddia etseler, her biri yalnızca kendi elinde olana sahip olur. Çünkü dış görünüş yalnızca elindeki hakkında, kişinin lehine tanıklık etmektedir. Konağın avlusu ise, kişiler buraya sahip olmada eşit olduğu için üçte birer oranında aralarında eşittir. Çünkü ortaklardan her biri evdeki boş alanı odun kırmak ve boş alanda yapılan diğer faaliyetler için kullanırlar. Ortaklardan birisi geride mirasçılar bırakarak ölürse, mirasçılar da bu avlunun üçte birine sahip olurlar. Çünkü onlar bu bakımdan miras bırakanın yerini almaktadırlar.

[15/59]

Bir grup insan bir evi paylaşarak küçük veya büyük bir yol veya bir su kanalı bıraksalar, yapılan paylaşırma geçerlidir. Çünkü bu, tarafların karşılıklı rızası ile gerçekleştirilen bir sulh akdidir.

Bir grup insan büyük yola doğru açılan saçaklığı veya sofası bulunan bir evi paylaşsalar, sofanın veya saçaklığın uzunluğu evin uzunluğuna dahil edilmez. Çünkü bunun altında bulunan yol, bütün Müslümanlara ait bulunan yoldur. Durum böyle iken bu bölüm evin paylaşılmasında nasıl eve dahil kabul edilebilir? Görmez misin Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre Müslümanlardan her biri bu binanın kaldırılması hususunu dava edebilir. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre de bunda Müslümanlara zarar bulunduğunda herkes davacı olabilir. Bundan anlaşılmaktadır ki ortakların burada yalnızca binayı yıkmak hakkı vardır. Bunun

değeri, paylaştırma sırasında ortaklar arasında göz önünde bulundurulur. Bu bölümün, evin alanı içinde kabul edilmesi ise mümkün değildir.

Gölgelik, çıkmaz sokağa açılmakta ise buranın alanı evin alanına dahil edilerek hesaplanır. Çünkü gölgeliğin bu yolda kalma hakkı bütün ortakların hakkıdır. Bu, alt katı başkasına ait olan üst kata benzer. Biz, alt kat ve üst katın ortaklar arasında alan ölçüsüne göre hesaplanması konusundaki görüş ayrılığını daha önce açıklamıştık.

Allah daha iyi bilir.

BORCU VEYA VASIYETİ BULUNAN BİR ÖLÜNÜN EVİNİN PAYLAŞTIRILMASI

Ölenin borcu
ödenmeden
yapılan
taksim

“Borcu bulunan bir ölünün evini mirasçılar bölüşseler, borç az olsun çok olsun yapılan paylaştırma bozulur. Borç terekeyi kapladığında mirasçılar zaten terekenin hiç bir bölümüne sahip değillerdir. Dolayısıyla onların tereke üzerindeki tasarrufları geçerli olmaz. Paylaştırma, paylaştırılan şeye sahip olma hükmüne dayanılarak yapılan bir tasarruftur. Borç az olduğunda ise, bu borç terekenin her bir parçasında bulunmaktadır. Ayrıca taksim mala el koymaktır. Borç ödenmedikçe terekenin hiç bir bölümü mirasçılara helal olmaz. Bu, zamanından önce yapılmış bir bölüşümdür. Yapılan bu paylaşım, ölenin hayatında iken onun evini bölüşmeleri gibidir. Ölünün bundan başka bir malı bulunursa, borç karşılığında bu mal satılır. Evin taksimi de geçerli olur.”

Çünkü ölünün mallarının tümü, borcu ödemeye konudur. Taksime engel olan şey, alacaklıların hakkıdır. Bu hak, ödenmeye konu olan bir maldan ödendiğinde, yapılan paylaşımın geçerli olmasına engel ortadan kalkmış olur.

Aynı şekilde ölünün bu evden başka malı olmamakla birlikte mirasçılar borcu kendi mallarından miras paylarına göre öderlerse veya alacaklı, ölüyü borçtan ibrâ ederse (aklarsa), yapılan taksim geçerlidir. Çünkü hak sahibi alacağını almış veya ibrâ ederek alacağını düşürmüş dolayısıyla engel ortadan kalkmıştır. Alacaklı, hakkını aldığı anda mirasçıların tereke üzerindeki diğer tasarrufları geçerli olduğu gibi paylaşım da geçerli olur.

[15/60]

Vasiyet
ödenmeden
terekenin
taksimi

Terekenin üçte biri bir kimseye vasiyet edilmişse, yargıcın hükmü olmadıkça vasiyin²⁰ ve mirasçıların, hâzır olmayan lehine vasiyet yapılan kişi aleyhine paylaştırma yapmaları geçerli olmaz. Çünkü terikenin üçte biri kendisine vasiyet edilen kişi, terekenin kendisinde mirasçılar ile ortaktır. Bu nedenle mirasçılar onun

²⁰ Vasiyet eden tarafından vasiyeti yerine getirmek üzere belirlenen kişi. Ya da hukukî ehliyeti olmayan birisinin mallarında tasarrufta bulunmak üzere görevli kişi.

hakkını başka bir maldan ödeyemezler. Lehine vasiyet edilen kayıp olup onun yerini alan birisi bulunmuyorsa yapılan paylaştırma geçerli olmaz. Vasi, lehine vasiyet yapılan yerine geçmez. Çünkü o, ölen kişinin yerini almaktadır. Lehine vasiyet edilen için sabit olan mülkiyet ise yeni bir mülkiyettir. Vasi yalnızca ölüye ait olan mülkiyet konusunda, onun yerini alan kişiler adına taraf olabilir. Bu nedenle vasiinin, mirasçılar adına lehine vasiyet edilenle (mûsâ lehle) yapacağı taksim geçerli olur. Fakat onun mirasçılar ile birlikte, lehine vasiyet edilen adına yapacağı paylaştırma geçerli olmaz. Bu durumda yapılan paylaştırmanın yargıcın hükmü ile olup olmadığına bakılır. Çünkü paylaştırmayı yargıç yapmış ise, onun yaptığı paylaştırma ihtihada açık olan bir sahada olduğu ve hâzir olmayan lehine vasiyet edilenin çıkarını gözetme konusunda yetkisi bulunduğu için bu paylaştırma geçerli olur.

Ölünün vasisi ve hâzir olmayan mirasçının vekili olmasa ve mirasçılar, içlerinden biri hazır olmadığı halde evi bölüşseler, daha sonra hâzir olmayan kişi gelse yapılan taksimi bozabilir. Aynı şekilde küçük olan mirasçı büyüdükten sonra daha önceki taksimi bozabilir. Çünkü hâzir olan mirasçıların hâzir olmayan ve küçük olan mirasçılar üzerinde, özellikle de kendilerinin de dahil bulunduğu bir tasarrufu ve bu şekildeki bir taksimi yapma yetkileri yoktur. Bu konuda taşınabilir mallar ile taşınmazlar eşittir.

Bu mallardan bir kısmı bir grup insan arasında miras olsa, ölenin borcu ve vasiyeti bulunmasa; sonra mirasçıların birisi ölse ve geriye borç bıraksın veya vasiyet yapmış olsa, yahut kendisinin hazırda olmayan bir mirasçısı ya da vasisi olmayan küçük bir mirasçısı olsa; mirasçılar evi yargıcın hükmü olmaksızın bölüşseler alacaklılar, yapılan paylaştırmanın bozulmasını isteyebilirler. Aynı şekilde lehine vasiyet edilen ile kayıp ve küçük olan mirasçılar da yapılan taksimin bozulmasını isteyebilirler. Çünkü paylaşılan terekenin kendisinde veya değerinde onların payları bulunmaktadır. Kendileri adına taraf olacak bir kimse de hâzir değildir. Ayrıca onlar ikinci ölünün payı konusunda onun yerini almaktadırlar. Ölen, sağ ve kayıp olsaydı, kendisi adına taraf olacak bir kişi bulunmadığında böyle bir paylaştırma geçerli olmazdı. Onun ölümünden sonra da aynı durum söz konusudur.

Mirasçılar bir evi aralarında bölüşüp, buna tanık tutsalar, sonra da ölenin karısı mehir alacağı olduğunu iddia etse ve buna delil getirirse, yapılan taksimi bozabilir. Onun daha önceden paylaşıma katılmış olması ve mirası ikrar etmesi alacağını düşürme anlamına gelmez. Çünkü mirasçının alacağı, yabancı bir kimsenin alacağı gibidir.

Mirasçılar borcu, kendilerine ait başka bir maldan ödeyip terekeyi sadece kendilerine ayırabilirler. Ölenin karısı, mirasçılar borcu kendi mallarından ödesinler diye bölüşüme katılmış olabilir. Bu, öleni mehir borcundan aklamak (ibrâ etmek) veya alacağı olmadığını ikrar etmek anlamına gelmez. Bu nedenle ölenin karısı

Küçük olan mirasçının büyüdüğünde önceki taksimi bozabilmesi

Mehir borcu nedeniyle terekenin taksiminin bozulması

Alacaklının terekenin taksimini onaylaması

yapılan paylaşımı bozma hakkına sahiptir. Çünkü paylaşırma ancak borcun ödenmesi koşulu ile geçerli olur. Alacaklı olan kişi, alacağını almadan önce yapılan paylaşımı onaylasa, bu onay geçerli olmaz. Bu onayın bulunması ile bulunmaması birdir. Çünkü borcun ödenmesinin öne alınması yalnızca alacaklının değil, ölenin hakkı nedeniyledir. Mirasçılar kadının borcunu ödemediklerinde kadın yapılan taksimi bozabilir. Aynı şekilde başka bir mirasçı, ölen kişide alacağı bulunduğunu iddia etse, bununla mehir alacağı eşittir.

[15/61]

Mirasçılardan biri, kendisinin küçük olan oğluna terekenin üçte birinin vasiyet edildiğini iddia edip buna dair delil getirirse, fakat mirasçılar evi paylaşsalar, bu taksim çocuğun vasiyet hakkını ortadan kaldırmaz. Çünkü baba bu vasiyeti reddetme veya vasiyet yapan kişinin ölümünden sonra oğlunun vasiyetteki hakkını iptal etme hakkına sahip değildir. Aynı şekilde malın paylaşılması konusunda mirasçılara yardımcı olan kişinin bu davranışı, oğluna yapılan vasiyeti iptal etmez. Ancak baba, çocuğunun vasiyetini isteme veya yapılan taksimi bozma hakkına sahip değildir. Çünkü paylaşırma onun katılması ile tamamlanmıştır. Bilindiği gibi bir kimse kendisi tarafından tamamlanan bir şeyi ortadan kaldırmaya gayret ettiğinde, onun bu çabası bir sonuç doğurmaz. Babanın diğer mirasçılarla birlikte malı paylaşmaya girişmesi oğlunun vasiyet hakkı bulunmadığını ikrar etme anlamına gelir. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi malın üçte birisi kendisine vasiyet edilen kişi terekede mirasçılar ile ortak olur. Onun hakkını ayırmaksızın yapılan taksim geçerli olmaz. Babanın diğer mirasçılar ile birlikte malı paylaştırmaya girişmesi oğlunun vasiyet hakkı bulunmadığını ikrar etmek anlamına gelir. Borç ise böyle değildir. Çünkü alacaklının alacağı tereke dışında bir maldan ödenebilir. Kişi, paylaşımından sonra ölenin alacağını iddia etmekle sözünde çelişkiye düşmüş olmadığı gibi, kendisi tarafından tamamlanmış bir şeyi bozmaya çalışmış da sayılmaz. Oysa baba çocuğunun vasiyet hakkı bulunduğunu iddia etmekle, sözünde çelişkiye düşmüş olur. Bu nedenle onun iddiası dinlenmez. Çocuk büyüdüğünde hakkını isteme ve yapılan taksimi bozma yetkisine sahip olur.

Taksimden sonra mirasçılardan birisinin başka bir mirasçı daha olduğunu iddia etmesi

Bir ev, bir grup insan arasında ortak olsa, onlar bunu babalarından kendilerine geçen miras paylarına göre paylaşsalar, daha sonra birisi kendisinin ana-baba bir erkek kardeşinin kendileri ile birlikte mirasçı olduğunu ve onun oğlundan sonra öldüğünü, kendisinin de ona mirasçı olduğunu iddia edip mirası onlardan geri istese ve "Sizin taksim ettiğiniz şey bana babamdan miras olarak kalmıştır." derse; eğer paylaşırma ile ilgili olarak düzenlenen belgeye "Ortakların birbirinin diğerlerinin paylarında hakkı bulunmamaktadır." yazılmamışsa, davacı bu iddiasına delil getirirse, bu kabul edilmez. Yapılan taksim de bozulmaz. Çünkü o, paylaşım konusunda diğer mirasçılara yardım ettiğinde, evin tümünün aralarında babalarından miras olarak kaldığını ikrar etmiş olmaktadır. Bundan sonra evin bir kısmının erkek kardeşine ait olduğunu iddia etmekle çelişkiye düşmektedir. Kendisi tarafından tamamlanmış bir şeyi bozmaya çalışmış olmaktadır. Çünkü taksimin

tamamlanması onun rızası ile gerçekleşmiştir. Mirasçılar belgeye "Ortakların birbirinin diğerlerinin paylarında hakkı yoktur." diye yazmamışlarsa, bu kişi iddiasını devam ettirir.

Muhammed (r.h.a.)'in, "yazmamışlar" sözü ile kastettiği, karışıklığı ortadan kaldırmak ve her iki durumda da hükmün aynı olduğunu belirtmektir.

Aynı şekilde kişi, evi sağ iken oğlundan aldığına veya onun evi kendisine hibe edip teslim aldığına, yahut evin annesine ait olup, kendisine ondan miras olarak kaldığına delil getirirse, delil kabul edilmez. Çünkü bu kişi sözünde çelişkiye düşmüştür. Tamamlanan bir şeyi bozmaya çalışmaktadır.

Babalarından kendilerine bir köy miras kalan üç kardeşten birisi ölerek geride büyük bir çocuk bıraksa, bu çocuk ve iki amcası köyü dededen kalan mirasa göre taksim etseler, her biri mirastan kendi payını alsa, sonra torun, dedenin kendisine köyün üçte birini vasiyet ettiğine dair delil getirirse, bu kabul edilmez. Çünkü o, amcaları ile birlikte taksim yaptığında kendisinin burada vasiyet hakkı bulunmadığını ikrar etmiştir. Bundan sonra vasiyeti iddia etmekle sözünde çelişkiye düşmüştür.

Kişi oğlunda alacağı olduğunu iddia edip, delil getirirse yapılan taksimi bozabilir. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi onun diğer mirasçılara paylaşım konusunda katılması, oğlunda alacağı olmadığını ikrar etme anlamına gelmez. O, yalnızca oğlunun payı ortaya çıksın da bu paydan alacağını alsın diye taksimde diğerlerine katılmış olabilir. Görmez misin borç başkasına olsaydı ve alacaklı taksimi onaylasa idi, bu onay geçersiz olurdu. Yapılan taksimi bozma hakkına sahip olurdu. Mirasçı, alacaklı olduğunda da durum aynıdır. Bu şu anlama gelmektedir; Alacaklının taksim işlemini onaylaması geçerli olmaz. Çünkü paylaştırmanın geçerli olmasına engel olan şey, onun alacağının bulunmasıdır. Bu durum onun onay verip vermemesine göre değişmez. Bu kişi, alacak iddiasında bulunmakla kendisi tarafından tamamlanmış bir şeyi bozmaya çalışmamaktadır. Ancak malın üçte birinin kendisine vasiyet edildiğini, bu nedenle de terekede mirasçılara ortak olduğunu iddia etmesi bundan farklıdır. Çünkü bu durumda yapılan taksim, tıpkı lehinde vasiyet edilenin yabancı biri olması durumunda olduğu gibi, onun rızası ile tamamlanmaktadır. Bu nedenle o, vasiyet iddiasında bulunmakla kendisi tarafından tamamlanan bir şeyi yıkmaya çalışmış olmaktadır.

[15/62]

Mirasçı, kendi payını babası sağ iken ondan belirli bir fiyata satın aldığını ve parayı ödediğini iddia etse, buna dair delil getirirse, bu geçerli olur. Yapılan taksim bununla bozulmaz. Çünkü o, kendi payında, bu pay ister satın alma isterse miras olarak geçsin taraftır. Paylaştırma onun varlığı ve rızası ile tamamlanmıştır.

Bir arazi bir grup insan arasında miras olup mirasçılar onu bölüşseler, paylarını teslim alsalar, sonra da onlardan birisi diğerinden payını satın alıp teslim alsa, daha sonra miras bırakan babanın borçlu olduğuna dair delil ortaya çıksa, hem yapılan

taksim hem de satım geçersiz olur. Arazideki payı mirasçıdan başka birisi satın aldığında da bu satım geçersiz olur. Çünkü hem paylaşırma hem de satım, mirasçının terekede yaptığı bir tasarruftur. Borç dururken bu geçerli olmaz.

Üç kardeş babalarından miras kalan konağı eşit olarak üçe bölüp, paylarını alsalar, sonra yabancı biri bu mirasçılardan birinin payını satın alıp teslim alsa sonra da diğer iki mirasçıdan biri gelerek "Ben evi taksim etmedim." dese alıcı, evin tümünün üçte birini de ondan satın alsa, daha sonra üçüncü mirasçı gelerek "Biz evi taksim ettik." dese ve buna dair tanık getirirse, ilk satıcı onu onaylayıp, ikinci satıcı yalanlasa, alıcı da "Ben sizin evi taksim edip etmediğinizi bilmiyorum." dese, yapılan taksim geçerli olur.

Çünkü taksim, davada taraf olan bir kişinin delili ile sabit olmuştur. Delil ile sabit olan şey, bizzat görme ile sabit olmuş gibidir. Paylaşırma tamamlandıktan sonra, ortaklardan birinin inkâr etmesi ile geçersiz duruma gelmez. İlk ortağın yalnızca kendi payını satmış olduğu ortaya çıkar. Onun yaptığı satış da geçerlidir. İkinci ortak ise evin şayi' olan üçte birlik bölümünü satmıştır. Sattığı kısmın üçte birisi kendisine, üçte ikisi ise başkasına aittir. Onun satışı yalnızca kendi payı üzerinde geçerli olur. Satın alan, bu satışta seçim hakkına sahiptir. Dilerse bu kişinin payının üçte birini, bedelin üçte birini ödeyerek satın alır. Dilerse akit bölündüğü için vazgeçer. "Satım akdini geçerli kılmak için, o kişinin yaptığı satışın yalnızca kendi payı üzerinde olduğunu kabul etmek gerekir." denemez. Çünkü onun mülkü evin belirli bir bölümündedir. Oysa o, evin üçte birini şayi' olarak satmıştır. Bu satışın yalnızca kendisinin bölümünde geçerli sayılması mümkün değildir. Ancak satış taksimden önce olursa bu farklıdır. Çünkü o zaman kişi, evin üçte birini sattığında satış, kendi payında yapılmış olarak kabul edilir. Çünkü onun payı, satım akdinde olduğu gibi evin tümünün üçte birine yayılmıştır.

Alıcı ilk satışta evin taksim edildiğini, ikincide ise taksim edilmediğini ikrar etse ve durum belirttiğimiz gibi olsa, hüküm değişmez. Çünkü aralarında paylaşılmanın ispat edilmesi konusunda onlar taraftırlar. Alıcının bu konuda söz hakkı yoktur. Ayrıca alıcı ikinci sözünde çelişkiye düşmüştür. Çelişkiye düşen kişinin sözü başkası hakkında geçerli olmaz, kendisi hakkında ise geçerli olur. Bu nedenle ikinci satış bozduğunda kendisine ilk kişinin payının üçte biri geri verilir. Çünkü o, bunu ilk kişi lehine ikrar etmiştir. Sanki bunu daha önceki sözle inkâr etmiş gibidir. Ancak bilindiği gibi inkârdan sonra yapılan ikrar geçerlidir.

[15/63]

Alıcı satışı onaylarsa üçte biri birinci kişinin, diğer üçte biri de ikincinin payına karşılık bedelin üçte ikisini ödemesi gerekli olur. Çünkü satın alanın iddiası kendisi hakkında geçerli olur. Kendisine ait olan miktar üzerinde onun iddiası bağlayıcı olur. Kendi iddiasına göre ona ikinciden satın aldığı şeyin üçte ikisi ona ait olur. Alıcı üçüncü ortağın payı olan bedelin üçte birini geri alır. Çünkü bu pay kendisine

ait değildir. İkinci satıcının elinde, kendisine düşen payın üçte ikisi kalır. Çünkü kendisinden satın alana ait olan bu payın yalnızca üçte biridir.

Bir kimse, başka birinin ölüp, belirli bir arazi ve evi miras bıraktığını ikrar etse, sonra da bunların üçte birinin kendisine vasiyet edildiğini iddia etse, bu konuda getireceği deliller kabul edilir. Onun söylediği söz, kendisine vasiyet yapılmış olmasına engel olmaz. Aynı şekilde ölen kişide alacağı olduğunu iddia ettiğinde de delili kabul edilir. Çünkü hem borcun hem vasiyetin ödeneceği yer terekedir. Kişinin ölümünden sonra, borç ve vasiyeti bulunsa bile, terekesine miras denilir. Bunun anlamı "Bu mal, ölünceye kadar ölenin mülkü idi. Borç düştüğü veya kendisine vasiyet yapılan kişi vasiyeti reddettiği zaman mirasçılardan mirası olur." demektir. Dolayısıyla bu sözü söyleyen kişi borç veya vasiyet iddiasında bulunmakla sözünde çelişkiye düşmüş olmaz. Ancak o, terekeden bir malı ölen hayatta iken ondan satın aldığını veya bunu kendisine hibe ettiğini yahut sadaka olarak verdiğini iddia ederse iddiası dinlenmez. Bu konudaki delili de kabul edilmez. Çünkü o, sözünde çelişkiye düşmüştür. Çünkü tereke, ölüm anına kadar miras bırakanın mülkü olan şeye denir. O sağ iken kendisinden satın alınan bir mal, ölümü sırasında onun mülkü olmaz. Aynı şekilde kişi malın babası dışında bir kimseden miras olduğunu iddia etse bu iddiası, sözündeki çelişki nedeniyle dinlenmez.

Mirasçının vasiyet iddiasında bulunması

Bir grup insan bir evi ölen kişinin mirası olarak aralarında paylaşırsalar, ölenin karısı da bunu ikrar etse, evin bedelinden kendisine bir miktar düşse ve bu miktar ayrılrsa, daha sonra kadın kocasının bu evi kendisine mehir olarak verdiğini veya evi kadının mehri ile satın aldığını iddia etse, bu iddia kabul edilmez. Çünkü kadın yapılan paylaştırmada mirasçılara yardım etmekle, evin, ölümü sırasında kocasına ait olup, geriye kalanlar arasında miras olduğunu ikrar etmiş olmaktadır. Bundan sonra yaptığı iddia ile sözünde çelişkiye düşmüştür.

Ölenin karısının, taksimden sonra terekenin mehri olduğunu iddia etmesi

Mirasçılar konağı paylaşırsalar; her birine babasından kalan mirasın tümüne karşılık evin bir bölümü düşse, sonra mirasçılardan biri evin başka bir köşesindeki binanın yahut hurmalıkların kendisine ait olduğunu, binayı kendisinin yaptığı yahut hurma ağaçlarını kendisinin diktiğini iddia ederek buna delil getirirse delili kabul edilmez. Çünkü o, daha önce evin tümünün kendilerine babalarından miras olarak geçtiğini ikrar etmiştir. İddia ettiği kısım, kardeşinin mirası olmuştur. Bu, babası tarafından değil, kendisi tarafından mülkiyet davasında bulunmasına engel olmaktadır.

Mirasçılar bir konağı veya içinde ekin, yahut meyveleri olmuş hurma ağaçları bulunan bir araziye taksim etseler, ama bölüşüm sırasında meyveler ve ekini söz konusu etmeseler, fakat her biri kendilerine babalarından miras olarak kalan şeye dair tanık tutsalar, ekin ve meyveler bu paylaşıma girmez. Mirasçılardan her biri bunlardaki payını isteyebilir. Çünkü bunların paylaşılması tıpkı satım gibidir.

Meyveli ağacın taksiminde meyvelerin durumu

Daha önce açıkladığımız üzere satın alan kişi, "Oradan çıkan veya orada bulunan küçük büyük ne varsa sözleşmeye dahildir." diye koşul koymadığı sürece, ekinler ve meyveler satım sözleşmesine girmez. Paylaşım da aynı durum söz konusudur.

[15/64]

Mirasçılardan birisinin, ölenin borcunu ödemesi koşuluyla yapılan taksim

Ev veya arazinin kira geliri varsa veya bir kimsede meyvelerin bedeli alacak bulunsa bu da paylaşım girmez. Çünkü söz konusu şeyler, ortaklar arasında paylaştırılan şeye bitişik değildir. Bu gelirler, mirastaki paylarına göre ortak olmaya devam eder. Paylaşım sırasında bu gelirlerin bir kişiye ait olmasını koşul koysalar taksim geçersiz olur. Çünkü bu durumda mirasçılardan her biri bu alacaktır payını, geliri alması koşul konulan kişinin ayndaki hakkına mâlik olması karşılığında onu mülk edinmiş olmaktadır. Oysa bilindiği gibi, borcun bir bedel karşılığında borçlu dışında birine temlik edilmesi câiz değildir.

Mirasçılar, içlerinden birinin ölenin belirli bir borcunu ödemesi karşılığında mirası bölüşseler, bu koşul, taksimin aslına dahil edilirse, yapılan paylaştırma geçersiz olur. Çünkü taksim, satış gibidir. Satış sırasında alıcıya satıcının bir borcunu ödemesi koşul konulursa bu satış geçersiz olur. Aynı koşul, paylaşım sözleşmesini de geçersiz kılar.

Mirasçılardan biri bölüşüm sırasında koşul konulmaksızın; diğer mirasçıların malı borç karşılığında satmamaları ve alacaklıların ölüyü aklamaları koşuluyla borcu kendiliğinden ödemeyi üstlenirse alacaklılar onun ödemesine razı olduklarında bu câiz olur. Nitekim alacaklılar razı olduğunda, ölünün borçtan kurtulması koşuluyla üçüncü bir kişinin borcu yüklenmesinde de aynı durum söz konusudur. Çünkü mirasın bölüşülmesine engel olan şey ölünün borcunun bulunmasıdır. Bu engel ortadan kalkmıştır. Alacaklılar borcu onun yüklenmesine razı olmazlarsa, ölenin borcu durduğu için, yapılan taksimi bozabilirler. Çünkü paylaşımın geçerli olmasını engelleyen şey, ölünün borcudur. Alacaklılar o kişinin borcu yüklenmesine razı olup ölüyü aklarlar sonra da borcu yüklenen kişinin malı telef olursa, alacaklılar ölenin malına başvurur. Çünkü onlar, borcu yüklenen kişi tarafından borcun ödenmesi koşuluyla ölüyü aklamışlardır. Borç ödenmediğinde ölünün terekesini izleme hakları daha önce olduğu gibi devam eder. Bu, şuna benzer; Havale yolu ile borcu yüklenen kişi, geride mal bırakmaksızın ölürse, borç havale yapanın zimmetine geri döner.

Allah doğruyu en iyi bilir.

PAYLAŞTIRMADA YANLIŞLIK İDDİASI

"Bir grup insan kendilerine miras kalan veya birlikte satın aldıkları bir araziye paylaşıp her biri paylarını teslim alsalar, ardından birisi paylaşım da yanlışlık yapıldığını iddia etse, onun salt iddiasına bakarak yapılan taksim tekrarlanmaz."

Çünkü paylaşırma tamamlandıktan sonra bağlayıcı olur. Yanlışlık yapıldığını iddia eden kişi, akdın bağlayıcılık nedeni ortaya çıktıktan sonra, kendisinin akdi bozma hakkı bulunduğunu iddia etmektedir. Onun sözü bu konuda kabul edilmez. Nitekim alıcı, kusur veya koşul koyma nedeniyle kendisinin muhayyerlik hakkına sahip olduğunu iddia etse bu söz kabul edilmez.

Paylaştırılmada yanlışlık yapıldığını iddia eden kişi buna dair delil getirirse iddiasını delille ispat etmiş olur. Bu yüzden, her bir hak sahibinin hakkını tam olarak alması için yapılan paylaşım tekrarlanır. Çünkü paylaştırmada göz önüne alınacak olan şey taraflar arası adaleti gerçekleştirmektir. Yanlışlık yapıldığını iddia eden kişi, tıpkı malda kusur bulunduğunu iddia eden alıcının bu iddiayı delil ile ispat etmesi gibi, yapılan taksimde taraflar arası adaletin gözetilmediğini delil ile ispat etmiştir. Davacının delili olmasa da diğerlerine yanlışlık konusunda yemin ettirmek istese bunu yapabilir. Çünkü onlar yanlışlık yapıldığını ikrar etseler, bu kendileri açısından bağlayıcı olur. İnkâr ettiklerinde, yeminden kaçınmaları olası olduğu için kendilerinden yemin etmeleri istenilir. İçlerinden yemin edenler üzerinde davacının bir hakkı bulunmaz. Yeminden kaçınan kişilerin payları davacının payı ile birleştirilerek daha sonra payları oranında yeniden taksim edilir. Çünkü yeminden kaçınan kişi ikrar eden gibidir. Onun ikrarı başkası hakkında değil, yalnızca kendisi hakkında delil olur. Elinde bulunan mal konusunda ikrar ettiği şey, bir hak gibi kabul edilir. Bu nedenle mülkler birleştirilerek her birinin payları oranında yeniden paylaşılır.

Taksimden sonra yanlışlık olduğunu iddia edenin, delil getirmesi

Paylaştırılan şeylerin tümünde de durum bu şekildedir. Paylaştırılan şeyin uzunluğu, alanı, ölçüsü, tartısı bir delil olmadıkça tekrarlanmaz. Çünkü görünüşe göre, yapılan paylaşımada taraflar arası adalet gözetilmiş, her hak sahibi hakkını almıştır. Aksine bir durum ortaya çıkmadıkça görünüşe göre hüküm vermek gereklidir.

[15/65]

İki kişi iki konağı paylaşıp ve her biri bir konak alsa, daha sonra onlardan biri paylaşımada bir yanlışlık yapıldığını iddia etse, diğer ortağın aldığı konağın belirli bir bölümünün kendisine ait olduğuna dair delil getirirse, bu uzunluktaki yerin kendisine ait olduğuna hükmedilir. Yapılan taksim tekrarlanmaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre bu mesele tek bir konağın paylaşılması gibi değildir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise yapılan paylaşımada geçersiz olur. Konaklar aralarında yarı yarıya ortak olur. Çünkü delil ile sabit olan, tarafların uyuşmasıyla sabit olmuş gibi kabul edilir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin prensibine göre "bu taksim, satış gibidir. Karşılıklı rıza olmadıkça câiz olmaz." Başkasının elinde bulunan evin şu uzunluktaki bölümünü satmak Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre câiz değildir. Biz bu meseleyi "Satış konusu"nda açıkladık.

Yine paylaşım sırasında, paydaşlardan biri lehine diğerinin evinden şu kadarını alması koşul konulursa bu taksim geçersiz olur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre bu da satış gibidir. Çünkü daha önceden açıkladığımız üzere, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre konaktaki su sarnıcı ancak yargıç bunda bir yarar görürse taksim edilir. Böyle olmadığında paylaşım satış anlamı taşır. Ancak Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in prensibine göre evin şu uzunluktaki yerini satmak câizdir. Aynı şekilde taksim sırasında ortaklardan birisi için bunun koşul konulması paylaşımın geçerli olmasını engellemez. Mesele işte bu yönü ile tek bir evin paylaşılmasından ayrılmaktadır. Çünkü tek bir konağın paylaşılmasında mülklerin ayrıştırılması yönü, bedelli değişim yönünden daha önde gelmektedir. Bu nedenle ortaklardan bir kısmı paylaşımı istediğinde diğer ortaklar buna zorlanamazlar. Tek bir konakta ortaklardan birinin, diğerinin payından şu uzunlukta yer alması koşul konulduğunda mülklerin ayrıştırılması gerçekleşmiş olmaz. Aksine koşul ve şuyu' (mülklerin karışması) bu miktar üzerinde devam eder. Bu nedenle de yapılan bölüşüm geçerli olmaz. İki evin paylaşılması ise böyle değildir. Çünkü açıkladığımız gibi iki evin paylaşımında bedelli olma özelliği daha önde gelir. Ayrıca iki evin paylaşımında, ortaklardan birinin, diğerinin evinden şu ölçüde yer alması koşul konulduğunda bedelli olma özelliği gerçekleşmiş olmaktadır.

İki kişi tarlaları paylaşsalar, içlerinden birisi iki tarla, diğeri de dört tarla alsa, daha sonra iki tarla alan, diğerinin aldığı bir tarlanın kendisine ait olduğunu iddia etse ve bu tarlanın kendisine ait olduğuna, paylaşım sırasında kendi payına düştüğüne dair delil getirirse, tarlanın ona ait olduğuna hükmedilir. Çünkü davacı, söz konusu mal (tarla) üzerinde taksim sonucu kendisine ait bir mülkiyet bulunduğunu ve bunu teslim almadığını, diğer ortağın buna haksız yere el koyduğunu ispat etmiştir. Bu nedenle tıpkı bunun diğer kişinin ikrarı ile sabit olması durumunda olduğu gibi, tarlanın ona ait olduğuna hükmedilir.

Kumaşlarda da durum böyledir. Davacının tanıkları bulunmazsa, kumaşı elinde bulunduran yemin etmesini isteyebilir. Çünkü malı elinde bulunduran kişi, mal elinde olduğu için, o malda hak sahibidir. Ancak diğer ortağın iddia ettiği şeyi ikrar ettiğinde, bunu ona teslim etmesi emredilir. Bunu inkâr ettiğinde kendisinden yemin etmesi istenilir.

Kişi, diğer ortağın elinde bulunan belirli bir kumaşın kendisine ait olduğuna, paylaşımında kendisine düştüğüne dair, diğeri de bu kumaşın paylaşımında kendisine düştüğüne dair delil getirirlerse, kumaşı elinde bulundurmeyen kişinin delili kabul edilir. Çünkü onların kumaş üzerindeki iddiaları mülkiyet iddiasıdır. Mülkiyet davalarında malı elinde bulundurmeyen kişinin delili, malı elinde bulunduranın deliline tercih edilir. Çünkü tanık getirme ihtiyacını duyan kişi odur. Ayrıca diğeri

aleyhine iddia ettiği şeyi ispat etme durumunda olan odur. Bir evin odaları hakkındaki anlaşmazlıkta da aynı durum söz konusudur.

Ortaklar yüz koyunu paylaşsalar, birisi ellibeş diğeri de kırk beş koyun alsa, daha sonra az koyun alan kişi koyunların değerinin tesbitinde yanlışlık yapıldığını iddia etse, bu konuda getireceği delil kabul edilmez.

Özetle söylemek gerekirse bu meselenin üç yönü vardır;

Birincisi; Değerin belirlenmesinde yanlışlık yapıldığının iddia edilmesi durumudur. Böyle bir iddiada bulunan kişi delil getirirse bile dinlenilmez. Çünkü o, kendisi tarafından tamamlanmış bir şeyi geçersiz kılmaya çalışmaktadır. Değer, ictihat ve tahmin yolu ile bilinebilir. Bu da değeri belirleyen kişilere, zamana ve yere göre değişiklik gösterir. Ayrıca davacı getirdiği delil ile başkasının zimmetinde bulunan bir şeyi ispat etmemekte, yalnızca paylaşım giren şeyin değerini ispat etmektedir. Paylaşım ise değer üzerinde değil, ayn (malın kendisi) üzerinde gerçekleşmiştir. Bu da değer değişmesine göre değişiklik gösterir. Gasp ise böyle değildir. Malı gaspedilen kişinin malın değerine dair getireceği delil kabul edilir. Çünkü o bununla gaspedenin zimmetinde bir borcu ispat etmektedir. Gasp edilen mal, gaspedenin zimmetinde borç olarak değeri üzerinden ödenir. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Paylaşım, satış anlamındadır. Satış akdi devam ederken, akdi yapan taraflardan birinin diğeri aleyhine satılan şeyin değeri ile ilgili olarak getireceği delil kabul edilmez. Taksimde de böyledir.

İkincisi; Tarafların aldığı şeyin sayısında yanlışlık iddiasında bulunulması. İki kişiye ait olan yüz koyunun paylaşımında ortaklardan birisi diğerine "sen yanlışlıkla elli bir, ben ise kırk dokuz tane aldım." demesi, diğerinin de "Ben yalnızca elli tane aldım." demesi gibi. Bu durumda söz yeminle birlikte davalının olur. Davacının delil getirmesi gerekir. Çünkü ortaklar arasındaki anlaşmazlık, teslim alınan şeyin miktarındadır. Bu konuda fazlalığı inkâr eden kişinin sözü kabul edilir. Diğer ortağın daha fazla aldığını iddia eden kişinin bu iddiayı delil ile ispat etmesi gerekir. Ayrıca bu kişi, diğer ortağın elinde bulunan koyunun kendisine ait olduğunu, paylaşım da kendi payına düştüğünü iddia etmekte, diğer ortak ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yeminle birlikte onun sözü kabul edilir.

Üçüncüsü; Ortaklardan birinin, "Biz sayıda yanlışlık yaptık, bunun sonucu her birimiz ellişer adet aldık. Halbuki bu sayıda almamız yanlıştır." diğeri de "Sana kırk beş bana da elli beş koyun gelecek şekilde taksim yaptık." dese, her ikisinin de delili olmasa; koyunlar varsa taraflar karşılıklı yemin ederek aldıklarını geri verirler. Çünkü paylaşım, satış gibidir. Bilindiği gibi alıcı ile satıcı satım konusunda anlaşmazlığa düştüklerinde, satılan mal aynen duruyorsa karşılıklı yemin ederek aldıklarını geri verirler. Taksim de böyledir. Çünkü taksim bağlayıcı olduktan sonra karşılıklı rıza ile bozulabilir. Karşılıklı yeminleşme ile de bozulur.

Taksimde ileri sürülebilecek yanlışlık iddiaları

Ortaklardan her biri, iddiası için delil getirirse yapılan paylaşım geçersiz olur. Çünkü kırkbeş koyun alan kişi davacıdır. İddiasını delille ispat etmektedir. Dolayısıyla onun delili daha üstün olur. Bu durumda karşı taraf onun söylediklerini doğrulamış gibi olur. Yapılan taksim bozulur. Paylaşımı yeniden adaletli bir şekilde yaparlar.

İki kişi bir evi paylaşırsalar ve bu paylaşmaya dair tanık tutmasalar, daha sonra da anlaşmazlığa düşseler, birisi "Bana arsanın şu köşesi düştü, şu ev de o köşede bulunmaktadır." evi elinde bulunduran da "Bunların tümü benim payıma düştü." dese, iki taraf yemin ederek ellerindekini geri verirler. Çünkü sonuç bakımından ortakların anlaşmazlığı sözleşme konusu üzerindedir.

Her iki tarafın da paylaşımına dair tanıkları bulunsa, tarafların ittifak etmeleri durumunda olduğu gibi, tanıkların yaptıkları tanıklığa göre ikisinin delili de geçerli olur. Çünkü her bir ortağa düşen yer sınırları ile bilinmektedir. Bu taksim ile mülklerin ayrıştırılması gerçekleşmiştir. Daha önceki mesele ise böyle değildir. Çünkü orada kırk beş koyuna sahip olan kişi getirdiği delil ile diğer kişinin aldığı pay içinde kendisine ait beş koyun bulunduğunu ispat etmiştir. Bu nedenle yapılan taksim geçersiz olur.

[15/67]

**Ortakların
tarlalarının
sınırlarında
anlaşama-
maları**

Ortaklar tarlaların sınırlarında anlaşmazlığa düşseler ve her biri diğerinin payında olan bir yer için "Bu sınır benimdir." dese, her ikisi de delil getirirse, ikisinin delili de kabul edilir. Çünkü onlardan her biri diğerinin mülkünün belirli bir bölümünün mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ispat etmektedir. Bu bölümde hem elinde bulunduranın hem de bulundurmayanın delili vardır. Bu durumda tarlayı elinde bulundurmayan kişinin delili tercih edilir. Her ikisi de delil getiremezse ikisine de diğerinin iddiası hakkında yemin ettirilir. Böylelikle her biri diğerinin elinde bulunan bölümün belirli bir parçasının kendisine ait olduğunu iddia etmiş olur.

Ortaklardan birisi yapılan paylaşımı bozmak istediğinde her iki taraf da yemin ettikten sonra bunu yapabilir. Çünkü açıkladığımız gibi burada ikisi arasındaki anlaşmazlık akit konusu ile her birinin paylaşım sonucu elde ettiği miktardadır. Bu anlaşmazlık da karşılıklı yemin etmeyi gerektirir. Tıpkı satışta olduğu gibi burada da karşılıklı yeminleşmeden sonra taraflardan birisi taksimin bozulmasını istediğinde yapılan taksim bozulur.

Bir kişi ölüp geride bir ev ve iki oğul bıraksa, oğullar evi paylaşırsalar ve her biri evin yarısını alarak taksim yapıldığına, payların teslim alındığına, hiç kimsenin hakkı kalmadığına dair tanık tutsalar, sonra da birisi diğerinin elinde bulunan bölümdeki bir odanın kendisine ait olduğunu iddia etse, diğeri bu konuda ikrarda bulunmadıkça davacının iddiası kabul edilmez.

Çünkü o, hakkını tam olarak aldığına dair tanık tutmuştur. Yani hakkını tam olarak aldığını ikrar etmiştir. Bundan sonra diğerinin elinde bulunan şeyde hak

iddia etmekle çelişkiye düşmektedir. Onun için, delili kabul edilmez. Ancak davalı olan kişi bunu ikrar ederse ikrarı kendisini bağlar. Taraf, sözünde çelişki bulunan kişinin iddiasını onayladığında onun lehine hak sabit olur. Bu olayda kişiler haklarını tam olarak aldıklarına dair tanık tutmasalar ve davalı ikrarda bulunmasa, ancak birisi "Biz evi taksim ettik, bana evin şu köşesi ile şu odası düştü." deyip o köşe kendisinin elinde, oda da diğerinin elinde olsa; diğer ortak da "Aksine bu oda ve elimdeki şeylerin tümü benim payıma düştü." dese, davacıya; "Bu ev paylaşım öncesinde senin kardeşinin elinde olup taksimden sonra sana vermedi mi? yoksa taksimden sonra senden gasp mı etti?" diye sorulur. Davacı "Taksimden sonra benim elimde idi. Ben ona ne âriyet ne de kira olarak verdim. O benden gaspetti." derse, davacı paylaşım sonrasında paylarını teslim aldığı konusunda kardeşi ile görüş birliği içinde olduğundan, yapılan paylaşım bozulmaz. Geriye odanın kendi elinden diğerinin eline geçmesi iddiası kalmıştır. Davalı kardeş bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yemin ile birlikte onun sözü kabul edilir. Eğer davacı "Bu ev taksimden önce kardeşimin elinde idi. Taksimden sonra teslim etmedi." derse, her ikisine yemin ettirilir. Teslim aldıkları şeyleri geri verirler. Çünkü burada anlaşmazlık, her birinin paylaşım sonucu elde ettiği şeyin miktarındadır. Biz daha önce akit konusu (ma'kûdün aleyh) üzerindeki anlaşmazlığın paylaşım sözleşmesinde karşılıklı yeminleşmeyi gerektirdiğini belirtmiştik. Sınırdaki anlaşmazlık da böyledir.

Ortaklardan birinin, diğerinin elinde bulunan bir şeyi iddia ettiği taksimlerde geçerli olan hüküm, her çeşit malın paylaşımında geçerlidir.

Ortaklardan birisi ölçüm konusunda bir yanlışlık bulunduğunu iddia ederek "Paylaşım sonucu bana da sana da bin düştü. Halbuki senin elinde bin yüz benim elimde dokuzyüz bulunmaktadır." dese diğeri de "Her ikimize de bin düştü. Ben yalnızca hakkımı aldım, daha fazlasını almadım." dese, yeminle birlikte fazla aldığı iddia edilen kişinin sözü kabul edilir. Çünkü diğeri, onun hakkından fazlasını aldığını iddia etmekte, o ise bunu inkâr etmektedir. Davalı "Her ikimize bin yüz'er düştü." diğeri de "Her ikimize biner düştü. Sen binyüz ben ise dokuzyüz aldım." dese; her iki taraf yemin ederler. Aldıklarını geri verirler. Çünkü her ikisi davalının bin yüz aldığındaki görüş birliği durumundadır. Burada anlaşmazlık, ona paylaşımda düşen payın miktarındadır. Davacı "Senin payın bindir." derken, davalı "Benim payım bin yüzdür." demektedir. Akdin konusu (ma'kûdün aleyh) üzerindeki anlaşmazlık karşılıklı yeminleşmeyi gerektirir. Ayrıca davacı burada yüzü teslim aldığını ikrar etmemiştir. Davalı ise bunu iddia etmektedir. Bu durumda ona yemin ettirmekten başka yol yoktur. Daha önce belirttiğimiz gibi, yemin davalıya yönelik olur. Bu nedenle karşılıklı olarak yemin ederler. Aldıklarını geri verirler.

[15/68]

Eğer iddia sahibi; "Ben teslim aldım (kabzettim). Sen de teslim aldın." derse, taksim bozulmaz. Fazladan pay aldığı iddia edilen kişiye yemin ettirilir. Çünkü her

iki taraf, paylarının tamamını teslim almakla paylaşımın sona erdiği konusunda görüş birliği durumundadır. Daha sonra taraflardan biri diğerinin kendi payını gaspettiğini iddia etmektedir. Bu konu ile ilgili meselelerin dayandığı temel nokta budur. Şöyle ki paylaşırma ele geçirme (hıyâzet)dir. Bu da teslim almakla tamamlanır. Taraflar paylarını tam olarak teslim aldıkları konusunda görüş birliği ettiklerinde, bundan sonra aralarındaki anlaşmazlık, akdin konusunda olamaz.

Taraflar her birinin teslim aldığı miktar konusunda anlaşmazlığa düştüklerinde, bu, akdin konusundaki bir anlaşmazlık olur. Bu durumda karşılıklı yeminleşme hükmü sabit olur.

İki kişi yüz koyunu aralarında paylaşırsalar, birinin elinde altmış diğerinin elinde kırk koyun bulursa, kırk koyun alan kişi "Paylaşımında her birimize elliser koyun düştü, ve paylarımızı aldık. Bundan sonra sen benden on koyunu gaspederek kendi sürünün içine kattın." dese, bu koyunların hangileri olduğu bilinmese, diğer ortak gaspettiğini inkâr ederek, "Aksine paylaşımında bana altmış sana kırk koyun düştü." dese, yemin ettirilerek söz davalının olur. Çünkü her iki taraf paylaşım sonucu haklarının tamamını teslim aldıkları konusunda birleşmişlerdir. Bundan sonra taraflardan birisi diğerinin kendi payını gaspettiğini iddia, diğeri ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yeminle birlikte söz inkâr edene ait olur.

Davacı "Bana elli koyun düştü. Sen bana kırk koyun verdin. Senin elinde bana ait on koyun daha kaldı. Onları bana vermedin." diğeri de "Paylaşımında bana altmış sana kırk koyun düştü." dese, her ikisi de yemin eder ve aldıklarını geri verirler. Çünkü burada anlaşmazlık, paylaşımında taraflara düşen malın miktarı konusundadır. Davacı, iddiada bulunmadan önce payını tam olarak teslim aldığına dair tanık tutmuş olursa, yeminle birlikte altmış koyunu elinde bulunduran kişinin sözü kabul edilir. Çünkü diğeri payını tam olarak aldığına ikrar etmiştir. Davalının yemin etmesi de gerekmez. Çünkü bu ikrardan sonra davacı sözünde çelişkiye düşmüştür. İçinde çelişki bulunan davada tarafa yemin ettirme hakkı yoktur. Davacı kendi payını aldıktan sonra diğerinin bunu gaspettiğini iddia etse, inkâr eden kişiye yemin ettirilir. Çünkü davacının gasp iddiasında bulunması geçerlidir. Bunda bir çelişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada inkâr eden kişiye yemin ettirme hakkına sahiptir.

İddia sahibi payını tam olarak aldığına dair tanık tutmamışsa; elinde kırk koyun bulunan kişi, "Babamın sürüsü yüz koyundan oluşuyordu. Bunun ellisi bana ellisi sana düştü. Daha sonra biz paylarımızı aldık. Bundan sonra sen benim on koyunumu gaspettin. Bu koyunlar işte şunlardır." dese, elinde altmış koyun bulunan davalı da "Aksine babamın sürüsü yüz yirmi koyundan oluşuyordu. Bunun altmış tanesi bana, altmış tanesi de sana düştü. Ben senden bir şey gaspetmedim, her birimiz paylarımızı aldık." dese, bu kişi sürüden fazla olarak, taksimin yapılmadığı on koyunu ikrar etmiş olmaktadır. Çünkü diğeri yüz koyunun

paylaşıldığını ikrar etmekte, yüz koyundan fazlasında paylaşmayı inkâr etmektedir. Elinde altmış koyun bulunan kişi ise bu on koyunun yüzden fazla olduğunu ikrar etmiş ve bu bölümünde paylaşıldığını, bu kadar koyunun diğer kişiye de verildiğini iddia etmiş, oysa diğer kardeş bunu inkâr etmiştir. Söz yeminiyle birlikte fazlalığı almadığını iddia edene ait olur. Davacı yemin ettiğinde, bu on koyun davalının elinde taksim edilmemiş bir durumda bulunur. Bu nedenle taksim edilmek üzere bunları geri verir.

Davalı, sürünün yüz koyundan fazla olduğunu ikrar etmeksizin "Sürü yüz koyundan oluşuyordu. Bana altmış, sana kırk koyun düştü." dese, yeminle birlikte diğerinin iddia ettiği gasp konusunda davalının sözü kabul edilir. Çünkü diğer ortak, yüz koyun içindeki paydan onu aklamış (ibrâ etmiş), yüzün üstündeki kısımda ise aklamamıştır. Koyunlar aynen var ise ikisi bunları yarı yarıya paylaşırlar. Koyunlar bulunmuyorsa, paylaşım giren on koyunun bilinmemesi nedeniyle, yapılan taksim bozulur. Çünkü koyunlar birbirinden farklılık gösterir. Paylaşım girmeyen koyunların bilinmemesi ile girenler hakkında da bilinmezlik meydana gelmiş olur. Bu durumda yapılması gereken, altmış ve kırk koyunun geri verilmesi ve ilk taksim bozulduğu için yeni bir taksim yapılmasıdır.

VASÎNİN, MÛSÂ LEHLER VE MİRASÇILAR ADINA MALI PAYLAŞTIRMASI

"Mirasta başkalarında alacak bulunur ve yapılan paylaşım bu alacak dahil edilirse, paylaşım geçerli olmaz. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi paylaşım sonucu, payına alacak düşen kişi diğer ortakların alacaktır payını bir bedel karşılığı malik olmuştur. Halbuki borçludan başkasına alacağın bedelli temlik câiz değildir."

İçerisinde
alacak
bulunan
mirasın
taksimi

Aynı şekilde mirasçılar, alacağı aralarında taksim ederek her biri mirastaki payına karşılık, ölenin belirli bir kişideki alacağını alsa, bu câiz olmaz. Çünkü bu durumda mirasçılardan her biri (mesela) Zeyd'in zimmetinde bulunan ve kendisine ait payı henüz teslim almadığı alacağını (mesela) Amr'ın zimmetindeki alacak karşılığında diğer mirasçıya temlik etmektedir. Alacağın bir mala karşılık bedel olarak verilmesi, borçludan başkasına temlik edilmesi câiz olmayınca bir borç karşılığında temlik edilmesi öncelikle câiz olmaz. Aynı şekilde alacağın tümü bir kişide olup bu alacağı almadan önce mirasçılar aralarında bölüşseler, bu geçersiz olur. Çünkü paylaşım, malı ele geçirmektir. Zimmetteki borç üzerinde ise bu gerçekleşmez.

Babanın atadığı vasînin, mirası babanın küçük çocukları arasında taksim etmesi geçerli değildir. Çünkü taksim, bedelli değişim anlamındadır. Oysa vasînin, paylaşımaya katılan kimselerin bir kısmının mallarını diğerine satma yetkisi

Vasînin mirası,
küçük çocuklar
arasında
taksim etmesi

yoktur. Çünkü vasî tek başına ancak yetimin açık yararı bulunan bir konuda tasarrufta bulunabilir. Bu tasarrufta ise taraflardan birisi diğerine göre daha zararlı olabilir. Küçüklerle birlikte büyük mirasçılar da bulunursa vasî, iki küçüğün paylarını birlikte taksim ederse bu câiz olur. Çünkü iki küçüğün malının bir büyük mirasçı ile bedelli değişimi câizdir. Aynı şekilde iki küçüğün malının bir büyük mirasçı ile paylaşılması da câizdir.

Muhammed (rh.a.) *"el-Asl"*da şöyle demiştir: "Baba da böyledir." Bununla kastettiği bundan önceki bölüm değil, bu bölümdür. Çünkü babanın iki küçük çocuğu ile birlikte malı taksim etmesi câizdir. Çünkü o vasînin aksine, çocukların birinin malını diğerine satma yetkisine sahiptir. Baba çocuğun malında tek başına tasarrufta bulunabilir. Onun tasarrufu çocuk için açık bir yararın bulunması koşulu ile sınırlanamaz.

[15/70]

Ölenin atadığı vasînin, yetişkin mirasçılar adına yapacağı taksim, onlar bunu istemediğinde geçerli olmaz. Çünkü büyük mirasçılar hazır bulunduğu anda, vasînin bedelli değişim ve mallarında tasarruf konusunda onlar üzerinde yetkisi yoktur. Onlar içinde hazır olmayan birisi bulunur da vasî onun adına taksim yaparsa bu, taşınmazlarda geçerli olmaz. Diğer mallarda geçerli olur. Çünkü ticaret mallarının paylaşılması bu malların korunması içindir. Vasî, hazır olmayan yetişkinin malını koruma konusunda yetkilidir. Bu nedenle yetişkinin malını koruma anlamına gelen taksim konusunda da yetkilidir. Taşınmazlar ise kendi başına koruma altındadır. Bu nedenle taşınmazların taksiminde koruma özelliği yoktur. Aksine bu, mutlak bir tasarruftur. Vasînin, büyük olan kayıp mirasçının malında mutlak tasarrufta bulunma yetkisi yoktur.

Mirasçılar arasında bir küçük, hazır olmayan bir büyük ve hazır olan bir büyük bulunsun ve vasî, hazır olmayan büyüğün payını küçüğün payı ile ayırarak hazır olan mirasçılar ile taksim etse, bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre taşınmazlarda da diğer mallarda da geçerli olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre büyük olan kayıp mirasçı adına taşınmazlarda yapılan taksim geçerli olmaz. Bu görüş ayrılığı daha önce *"Şuf'a"* konusunda açıkladığımız şu esasa dayanmaktadır: Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre vasî, küçüğün payında tasarrufta bulunma yetkisi olunca, taşınmaz olsun olmasın terekenin tümünü satma yetkisine sahiptir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise vasî yalnızca küçüğün payını satma konusunda yetkilidir. Taksim de böyledir. Çünkü taksim satış anlamındadır. Zimmî'nin (İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslim) vasîsi konusunda da hüküm böyledir. Çünkü o, tasarruf mülkiyeti bakımından Müslümanın vasîsi gibidir.

Vasî zimmî, ölen ve mirasçılar Müslüman olursa, o zimmî vasî olmaktan çıkar. Çünkü vasilik bir çeşit veliliktir. Küfür ehlinin Müslüman üzerinde veliliği olmaz. Zimmî olan vasî vasilikten ayrılmadan önce küçük adına taksim yapmış olsa, bu taksim Müslüman bir vasî tarafından yapılmış gibi geçerli olur. Çünkü taksim, diğer

Zimmî olan
vasînin
Müslüman
adına
yapacağı
paylaştırma

tasarrufları gibi kendisinin gerçekleştirdiği bir tasarruftur. Ölümünden sonra tasarruf konusunda başkasının yerini almak, hayatta iken vekâlet yolu ile başkasının yerini almak gibidir.

Bir Müslüman bir zimmîyi bir tasarrufta bulunmak üzere vekil etse, zimmînin tasarrufu Müslüman adına geçerli olur. Kendisinin ölümünden sonra tasarrufta bulunması, vasî yaptığında da aynı durum söz konusudur. "Zimmînin, vasîlikten ayrıldığı sürece, yaptığı tasarruf, Müslümanın yerine geçme yoluyla geçerli olur. Çünkü bu veliliğe kıyaslanır." dedik.

Vasî, miras bırakanlardan başkasının kölesi ise onun tasarrufu, yargıç kendisini velilikten uzaklaştırmadığı sürece tıpkı ölen kişi sağ iken onun tarafından vekil olarak atanması gibi ölü adına geçerli olur. Yargıç onu velilikten uzaklaştırabilir. Çünkü köle başkası üzerinde veliliğe ehil değildir. Çünkü onun kendisi üzerinde bile veliliği yoktur. Kişinin ancak kendisi için veliliği bulunduğu, veliliğin başkasına geçme koşulları gerçekleştiğinde başkası üzerinde de geçerli olur.

Kâfirin ve kölenin küçük, Müslüman ve özgür çocuk adına yapacakları tasarruflar geçerli olmadığı gibi, onun adına yapacakları taksim de geçerli değildir. Çünkü bu kişilerin, niteliği Müslüman küçük üzerinde velilikleri yoktur. Bu kişi, çocuğun yerini alamadığından, onun tasarrufu çocuğun tasarrufu gibi kabul edilip çocuğa vekil olarak da geçerli olmaz.

Dârülharp vatandaşı (savaş ülkesi, anlaşmasız gayri müslimlerin ülkesi) olup İslâm ülkesine güvence ile giren kişinin, kendi küçük gayri müslim (zimmî) çocuğu adına yapacağı taksim geçerli olmaz. Çünkü zimmî, İslâm ülkesi vatandaşıdır. Dârülharp vatandaşının, İslam ülkesi vatandaşı üzerinde veliliği bulunmaz. Ancak bu kişinin kendisi gibi olan küçük çocuğu adına yapacağı taksim geçerli olur, Çünkü onun üzerinde veliliği vardır. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِغُضُنِّهِمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾

"Kâfir olanlar da birbirlerinin velileridir." (el-Enfâl 8/73).

Dinden çıkan (Mürted), dinden çıkmış durumu üzere öldüğünde kendisi gibi dinden çıkmış olan küçük çocuğu adına yaptığı paylaştırma geçerli olmaz. Çünkü mürtedin onun üzerinde veliliği yoktur. Çünkü bu durum üzere öldürüldüğünde kendisinin mal üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bundan dolayı Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu durum üzere ölürse mürtedin kendisi adına yaptığı taksim ve diğer tasarruflar da geçersiz olur. Küçük çocuğu hakkında yaptığı tasarrufların geçersiz olması daha önceliklidir.

Bunak da belirttiğimiz şeylerin tümünde küçük çocuk hükmündedir. Çünkü onun kendisi üzerinde veliliği yoktur. Aksine o, küçük çocuk gibi kendisi üzerine velinin tasarrufta bulunacağı bir kimsedir.

Vasînin köle olması ve paylaştırma yapması

Emân (vizeli pasaport) ile İslam ülkesine giren gayri müslimin (müste'men) taksimi

Mürtedin taksimi

[15/71]

Kendisi adına paylaştırma yapılan ve yapılamayan kişiler

Zâtülcenb hastalığına yakalanan kişi, bayılan ve gelgit akıllı olan kişiler adına yapılan taksim, ancak ayıkken rızaları ile veya vekillik vermeleri ile geçerli olur. Çünkü bu ârizalar ile birlikte onun kendisi üzerindeki veliliği ortadan kalkmaz. Dolayısıyla kendisi üzerine bir başkasının veli olması gerekmez. Bunlar, akılları başlarında olduğunda kendi kararları ile başkasını vekil kılarak kendi leh ve aleyhinde geçerli tasarruflar yapabildiğinden, velinin kararını onun kararı yerine koymaya gerek yoktur. Çocuk ve bunak ise böyle değildir. Çünkü bunların kendi kararları ile kendi leh ve aleyhlerine yaptıkları tasarruflar geçerli olmaz. Bu nedenle ihtiyaç bulunduğu için velinin kararını onun kararı yerine koyuyoruz.

**Zimmiler
açısından
taksim**

Zimmiler, paylaşırma konusunda Müslümanlar gibidir. Ancak bunların ortak şarap ve domuzu olsa da bir bölümü bunun taksim edilmesini ister, diğer bir bölümü istemezse, diğer malları taksime zorlandıkları gibi bu konuda da taksim yapmaya zorlanırlar. Çünkü Müslümanlar hakkında sirke ve koyunun mütekavvim (din nazarında değerli) mal olması gibi şarap ve domuz da onlar hakkında mütekavvim maldır. Zimmiler şarabı kendi aralarında bölüşseler, bir kısmı diğerinden ölçü olarak daha fazla alsa, kendi inançlarına göre bu kişinin fazla alması câiz olmaz. Çünkü şarap ölçülen şeylerden olduğundan fâize konu olan mallardandır. Zimmiler faiz hükmü bakımından Müslümanlara eşittir. Faiz zimmet sözleşmesinden ayrı tutulmuştur.

**Müslüman
vasînin
zimmîye ait
şarabı
taksimi**

Zimmînin vasîsi Müslüman bir kişi olursa, onun şarap ve domuzu paylaşırması mekruh olur. Bu durumda o, zimmet ehlinen güvenilir bir kişiyi vekil kılar. O kişi, küçük adına şarap ve domuzu paylaşırır. Taksimden sonra satar. Çünkü Müslümanın şarap ve domuz üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmıştır. Taksim de bir çeşit tasarruftur. Bu nedenle vasînin bu işi bir zimmîye devretmesi gerekir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin prensibine göre bunun câiz olmasında herhangi bir problem yoktur. Çünkü bilindiği gibi o, Müslümanın bir zimmîyi şarap ve domuzda tasarrufta bulunma konusunda vekil atmasını câiz görür. Aynı şekilde Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre de burada bir problem bulunmamaktadır. Çünkü vekil, çocuğun yerini almaktadır. Onun tasarrufunun hükmü, çocuk adına sabit olmaktadır. Görmez misin bu kişi, çocuğun malında yüklendiği borcu ondan alır. Vasî bu konuda emir verme bakımından yargıç gibidir. Yargıcın zimmîye, zimmet ehlinin çocuklarına ait olan şarapları satma ve paylaşırma konusunda verdiği satış emri geçerlidir. Çocuğun vasîsinin emri de böyledir.

Bir zimmî, içinde şarap ve domuz bulunan bir mirası paylaşırma üzere bir Müslümanı vekil atarsa, Müslümanın şarap ve domuzu satması ve satın alması câiz olmadığı gibi paylaşırması da câiz olmaz. Çünkü Müslüman ancak kendisinin tasarruf etmesi câiz olan bir malda vekillik yolu ile başkası adına tasarrufta bulunabilir. Müslüman vekilin şarap ve domuzu taksim etmek üzere başkasını vekil

ataması da câiz değildir. Çünkü vekil eden, onun görüşünden başkasına razı olmamıştır. Vekil eden bu konuda kendisine yetki verir. O da taksim için bir zimmîyi vekil atarsa bu câiz olur.

Mirasçılardan birisi Müslüman olur ve diğer mirasçılarla aralarında ortak olan şarap ve domuzu taksim etmek üzere bir zimmîyi vekil atarsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu câiz olur, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre câiz olmaz.

Çünkü paylaşırma satma anlamındadır. Bu durumda kişi, şarap ve domuzu satmak için başkasına vekillik veren Müslümana benzemektedir. Bu kişi mirastaki şarap payını alarak sirke durumuna dönüştürse, sirke durumuna dönüştürdüğü şaraptaki diğer ortakların paylarını öder. Çünkü Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre buradaki taksim, bizzat Müslümanın yapması durumunda olduğu için geçerli olmamıştır. Bu kişi, bozuk akit hükmüne dayanarak ortaklarının şaraptaki paylarını teslim almış ve sirkeye dönüştürmüştür. Bu nedenle onların şarap üzerindeki paylarını değeri üzerinden öder. Sirke de kendisine ait olur.

[15/72]

Borçlu bir zimmînin terekasında şarap ve domuz bulunur da alacaklılar Müslüman olursa; zimmînin vâfisi yoksa yargıç zimmîlerden birini bunları satmak üzere vekil atar. O kişi de bu malları satarak bununla ölenin borcunu öder.

**Müslümana
borçlu
olarak ölen
zimmînin
terekasında
şarap
bulunması**

Çünkü yargıcın emir verdiği kişi, ölenin vekilidir. Bu nedenle vekillik gereği ödediklerini, ölünün malından alır. Ölen kâfirdir. Zimmînin vekil olarak onun şarabını satması câiz olur. Alacaklılar, yargıcın atadığı kayyimin satışı onlar adına geçerli olduğu için değil, alacaklarına karşılık olarak satılan şeylerin bedelini alırlar.

Kitâbet akdi²¹ yapmış olan köle taksim konusunda özgür gibidir. Çünkü paylaşırma ticaretle uğraşanların yaptığı işlerdendir. Ayrıca bunda tıpkı satım akdi gibi bedelli akit anlamı vardır. Mükâtepe, paylaştırmadan sonra kitâbet bedelini ödeyemese efendisi yapılan paylaştırmayı bozamaz. Çünkü paylaşırma, kitâbet akdi devam ederken yapılmıştır. Bu, mükâtebin tamamladığı satış ve alış gibidir. Mükâtebin efendisi ile yaptığı paylaşırma geçerlidir. Çünkü o, efendisi ile alım satım konusunda yabancı gibidir. Taksimde de böyledir.

**Mükâtebin
taksimi**

Efendinin, mükâtepe adına yapacağı taksim, mükâtepe hazır olsun olmasın, onun rızası olmadıkça geçerli olmaz. Çünkü efendi, mükâtebin kazancında tasarruf konusunda yabancı gibidir. Efendi bunu yapar, ve mükâtepe bedeli ödeyemezse, mal da efendiye kalırsa, bedeli ödemekten âciz kalma durumunda

**Efendinin
mükâtepe
adına
taksimi**

²¹ **Kitâbet;** Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akit. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye mükâtepe bu anlamıyla Mükâtebe veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir. Efendi ile köle arasında bir bedel karşılığında özgürlük elde etme üzerine kurulu olan bir akit. de denir. Anlaşmayı yapan köleye de denir.

mükâtebin diğer tasarruflarının geçerli olmaması gibi taksim de geçerli olmaz. Çünkü efendi, mükâtebin malında tasarrufta bulunduğu sırada onun kazançları konusunda yabancı konumunda idi.

Mükâtepe, paylaşırma için birini vekil atasa sonra da kitâbet bedelini ödemekten âciz olsa veya ölse, vekilin bundan sonra paylaşırma yapması câiz olmaz. Çünkü vekil, vekil edenin yerini almaktadır. Vekil eden, bedeli ödemekten âciz olunca yahut da ölünce, veliliği ortadan kalkmıştır. Bundan dolayı mükâtepe, bedeli ödemekten âciz kaldıktan sonra bu tasarrufu bizzat yapsaydı yine geçerli olmazdı. Âciz kaldıktan sonra vekilinin yapması durumunda da aynı şey söz konusudur. Mükâtepe özgür kılınırsa, onun vekil ettiği kişi vekil olmaya devam eder. Çünkü mükâtebin veliliğinin kuvveti, özgür kılınma nedeniyle artmıştır. Onun özgür kılınmasından sonra vekilinin tasarrufu bizzat kendisinin tasarrufu gibidir.

Mükâtepe, ölüm sırasında birini vasî atasa, vasî de mükâtebin küçük çocuğu adına büyük mirasçılarla malı bölüşse, ölmüş olan mükâtepe, geride bedeli ödemek için yeterli mal bırakmışsa, özgürün vasîsinin tasarrufları geçerli olduğu gibi vasînin yaptığı bu taksim de o şekilde geçerlidir. Çünkü, mükâtebin kitâbet bedelini ödemesiyle ölmeden önce özgür olduğuna hükmedilir. Mükâtepe, bedeli sağ iken bizzat kendisi ödemiş de daha sonra ölmüş gibi kabul edilir. Dolayısıyla onun vasîsi, küçük çocuğu üzerinde tasarrufta bulunma konusunda özgür kişinin vasîsi gibi olur.

Muhammed (rh.a.) "ez-Ziyâdât" adlı eserinde şöyle demiştir: "Mükâtebin vasîsi, hazır olmayan büyük oğul hakkında da özgür kişinin vasîsi gibidir. Bu nedenle onun taşınmazlar dışındaki mallardaki taksimi, hazır olmayan büyük hakkında geçerli olur." Muhammed (rh.a.)'in orada belirttiği hüküm daha doğrudur. Çünkü mükâtebin özgür olması yaşadığı zamana dayandırılabilir, küçük çocuğun üzerinde veliliği mutlak olarak sabit olmaz. Çünkü o sağ iken kendisiyle uğraştığından, çocuğunu gözetmesi mümkün değildir. Bu nedenle kendisinin veliliği sabit olmaz. Vasî atayan kişi mutlak veliliğe sahipse, ancak o zaman vasî için mutlak velilik sabit olur. Görmez misin erkek kardeş ve amcanın vasîlerinin velilikleri ancak kendilerini vasî atayan kişilerin velilikleri kadardır. Ayrıca burada vasî atayan mükâtebin, kitâbet akdi süresinde doğan küçük çocuğu üzerinde korumaya yönelik bir veliliği vardır. Onun bunun dışında küçük çocuğu üzerinde bir veliliği yoktur. Ölümünden sonra vasî için de aynı durum söz konusudur. Bunun dışında bazı açıklamaları "ez-Ziyâdât" adlı esere yazdığımızız serhte açıkladık.

[15/73]

Mükâtepe, geriye kitâbet bedelini ödeyecek kadar mal bırakmadan ölmüşse, vasî, küçük çocuk adına büyük mirasçılar ile malı paylaşırsa, bu mirasçılar babalarının kitâbet bedelini ödemek için çalışmış olsalar, yapılan taksim geçerli olmaz. Çünkü vasînin küçük çocuk üzerinde veliliği yoktur. Eğer kitâbet akdinin

devam etmesini isterse, küçük çocuk efendinin mükâtebi olur. Mirasçılar, taksim bozulmadan önce kitâbet bedelini öderlerse yapılan taksim geçerli olur. Çünkü onlar kitâbet bedelini ödediklerinde mükâtebin özgür olduğuna hükmedilir. Bu rivayete göre onun vasfı özgür kişinin vasfı gibi olur. Bundan dolayı vasî taksimi yeniden yapma yetkisine sahiptir. Aynı şekilde daha önce yaptığı taksim de geçerlidir. Çünkü yeniden yapılmaya ihtiyaç duyulan bir taksimi bozmak yararsızdır.

Ticarete izinli köle, taksim konusunda özgür gibidir. Çünkü taksim, ticaretle uğraşanların yaptığı işlerdendir. Satış akdinin benzeridir.

Aynı kişiye ait olan ticarete izinli iki kölenin, aralarında yaptıkları paylaşırma, bu kölelerden her ikisinin veya birinin borcu varsa geçerlidir. Hiç birisinin borcu yoksa yaptıkları taksim tıpkı satış ve alışları gibi geçersizdir. Çünkü onların kazançları aynı kişiye aittir. Tamamen bir kişiye ait olan bir malın taksimi olmaz. Ayrıca bu kölelerin her birinin efendisinin, kölesi ile yaptığı taksim, efendisi ile yaptığı taksim gibidir.

Taksimi yapan iki kişi, bir kişinin mükâtepleri olsalardı taksim câiz olurdu. Çünkü onlardan her biri kendi kazancında özgür kişinin tasarruf hakkına sahiptir. Efendinin bu iki mükâtebin kazancı üzerinde mülkiyeti yoktur.

Ticarete izinli köle, efendisi ile bir evi taksim etse, eğer borcu varsa yapılan taksim geçerli olur. Borcu yoksa geçerli olmaz. Çünkü efendi, borçlu olan kölesinin kazancında tasarrufta bulunma konusunda yabancıdır. Borçlu kölenin tasarrufları da alacaklılar adınadır.

Aynı şekilde ev bir köle ile bir başka kişi arasında olsa ve kölenin efendisi diğer ortakla kölenin rızası olmaksızın evi taksim etse, kölenin başkasına borcu yoksa, yapılan taksim geçerli olur. Kölenin az veya çok borcu var ise, taksim geçersizdir. Ancak efendi alacaklıya köleyi teslim ederse, kölenin kazancı üzerinde efendinin diğer tasarrufları gibi bu durumda taksim de geçerli olur.

Ticarete izinli köle, yabancı biriyle efendisinin emri olmaksızın bir evi bölüşse, kendisinin borcu olsun olmasın, taksim geçerli olur. Çünkü bu, bir çeşit ticarettir. Köleye mutlak olarak ticaret yapma konusunda izin verildiğinde taksim yapma hakkını da elde etmiştir.

Kendisine kısıtlama getirilen kölenin, efendinin emri olmaksızın yaptığı taksim geçerli olmaz.

Özetle söylemek gerekirse taksim satma ve satın alma gibi bir tasarruftur. Bu nedenle söz konusu mal üzerinde alım satıma ehil olan kişi tarafından yapıldığında geçerli olur.

İki kişiye ait olan bir köleye ortaklardan birisi ticaret için izin verse, bu köle başka bir kimseyle birlikte bir ev satın alsın bu akit, yalnızca kendisine izin veren kişinin payında geçerli olur.

Çünkü ticarete izin vermek kısıtlamayı kaldırmaktır. Bu da yalnızca izin veren ortağın payında olmuştur. Dolayısıyla kölenin tasarrufu bu bakımdan yalnızca izin veren kişinin payında geçerli olur. Nitekim iki ortakdan birisi köledeki payında köle ile kitâbet yapsa bu köle diğer efendi ile bir malı taksim ettiğinde yapılan taksim geçerli olur. Bu şuna benzer; Kişi, köledeki payını ortağına veya yabancı birine satsa, izin veren kişinin payında kısıtlamanın kalkma hükmü sabit olduğu için bu geçerli olur.

Bir ev, köle ile, ticaret yapmasına izin vermeyen efendisi arasında ortak olsa, efendi bu köle ile evi paylaşırsa bu geçerli olur. Çünkü kölenin yabancı bir kimseyle yaptığı tasarrufun geçerli olmasının nedeni, köle üzerindeki kısıtlamanın izin veren kişinin payından kalkmasıdır. Ticârete izin vermeyen efendi, izin veren efendinin payı konusunda yabancı gibidir. Bu şuna benzer; Efendilerden birisi diğer ortağın izni ile köledeki payında köle ile kitâbet akdi yapsa, kitâbet yapılan bölümde kendisinden kısıtlama kalktığı için, bu kölenin yabancı bir kişiyle yapacağı paylaşırma ve diğer tasarruflar geçerli olur. Aynı şekilde diğer efendi ile yapacağı tasarruflar da geçerli olur. Efendilerin birisi köleye ticaret konusunda izin verdiğinde de aynı durum söz konusudur.

Allah doğruyu en iyi bilir.

KİRA VE HİZMET SÖZLEŞMESİ

Yüce, zâhid imam, İmamların güneşi ve İslam'ın övüncü Ebû Bekr Muhammed b. Ebû Sehl es-Serahsî yazdırmak suretiyle şunları söyledi:

İcâre (kira), malî değeri olan bir bedel karşılığında yarar üzerine yapılan bir akitir.

İslam'da yarar üzerine yapılan akitler iki çeşittir:

Birincisi; bedelsiz olarak yapılan akitler; âriyet ve kölenin hizmetinin vasiyet edilmesi gibi

İkincisi; bedel karşılığı yapılan akitler olup kira sözleşmesi bu niteliktedir.

Kira ve hizmet sözleşmesinin câiz oluşu Kitap ve Sünnet ile sabittir.

Kur'an'dan deliller:

« رَفَعَتْ بَعْضُهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّتَتَّخِذَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا سَحَرًا »

[15/74]

Kiranın
tanımı

Kiranın
meşrûluğu

"Birbirlerine iş gördürmeleri için kimini ötekine derecelerle üstün kıldık." (ez-Zuhuf 43/32)

"Birbirlerine iş gördürmek"ten maksat bir ücret karşılığı çalıştırmaktır. Yine Allahu Teâlâ Şuayb (a.s)'dan naklen şöyle buyurmuştur:

« قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكَحَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرْنِي ثَمَامِي حَجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ »

"(Şuayb dedi ki:) Bana sekiz yıl çalışmana karşılık şu iki kızımdan birini sana nikahlamak istiyorum. Eğer on yıla tamamlarsan artık o kendindendir". (el-Kasas 28/27).

Bizden önceki ümmetler hakkında din (şariat) olarak sabit olan bir hüküm, kaldırıldığına dair delil bulunmadıkça, bizim hakkımızda da geçerlidir.

Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

«أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ»

"Ücret karşılığı çalıştırdığınız kişinin ücretini teri kurumadan veriniz."²²

Ücretin verilmesinin emredilmesi, bu akdin geçerli olduğunu gösterir.

Resûlullah (s.a.v.) peygamber olarak gönderildiğinde, insanlar hem mal ve hizmetleri kiraya veriyorlar, hem de bunları kiralyorlardı. Peygamber (s.a.v.) onların bu durumunu kabul etti. Kira ve hizmet sözleşmelerinin hükümlerini açıkladı.

Hanefî âlimlerimizden (r.h.a.) bir kısmı kira akdinin kıyasa göre câiz olmadığını söylemişlerdir. Gerekçeleri şudur: Kira, akdin yapıldığı sırada ortada bulunmayan, kiralama süresince parça parça meydana gelen bir yarar üzerinde yapılmaktadır. Bilindiği gibi var olmayan bir şey üzerine akit yapılamaz. Çünkü var olmayan, bir şey değildir. Dolayısıyla onu akdin konusu (ma'kûdün aleyh) olarak nitelendirmek de mümkün olmaz. Ayrıca akdin oluşması için, meydana geldikten sonra akdin konusuna sahip olmak gerekir. Oysa var olmayan bir şey kişinin mülkü olmakla nitelendirilemez. Olmayan bir şeyin üzerinde akit yapmak da mümkün olmaz. Çünkü bedelli akitler, tıpkı satış ve nikahta olduğu gibi, gelecek zamana bağlanmaya elverişli değildir.

Bana göre bu görüş kuvvetli değildir. Çünkü akdin konusu olan şeyin var olmasını ve kişinin mülkünde bulunmasını koşul koymak, bizzat o şeyin kendisi açısından değil, kişinin onu teslim etme gücü bakımındandır. Bu ise akde bir engel oluşturmaz. Kiralamada akdin konusu olan yararın var olması, akdin hükmü olarak, kişinin onu teslim etmesini imkânsız kılmaktadır. Çünkü yararlar ardarda iki vakitte varlığını sürdüremeyen geçici dünya metaidir. Yararın teslimi akdin

²² İbn Mâce, Ruhûn 4; Taberânî, el-Mu'cemû's-sağîr, V/43; Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, VI/120.

hükmüdür. Hüküm nedenden sonra geldiği için, akit yapıldığı andan teslim anına kadar, o anki yararın devam etmesi düşünülemez. Var olan yararın gerekli olduğu anda, teslim etmek imkânsız olunca, akit anında yararın var olmasını koşul koymanın anlamı yoktur. Bu durumda, akdin geçerli ve bağlayıcı olması için, akdi yapan kişinin mülkünde var olma konusunda kendisinden yararlanılan mal, yararın yerine konulur. Nitekim nikâh akdinin hükmü ve teslim konusunda kadın, nikahla amaçlanan şey (cinsel yararlanma) yerine konulur. Selem akdi yapılan malın (el-müslemu fih) bulunduğu yer olan zimmet, selem akdinin câiz olması için akit yapılan şeye mâlik olma yerine konulur.

[15/75]

**Akitlerin
meşru
oluşunda
ihtiyacın
rolü**

Yahut da kira akdi için şu denilebilir: Akdin kurulması ile yararın alınması bitişik olsun diye kira akdi, yararın meydana geldiği ana dayandırılır. Bu yolla da üzerine ma'kûdün aleyhi (akit konusu) elde etmek mümkün duruma gelmiş olur. Bizim hanefî âlimlerimizin (rh.a.) "Kira, yararın meydana gelişine bağlı olarak sürekli yenilenen birbirinden farklı akitlerdir." sözü ile kastettikleri de budur. Bu, insanların kira akdine olan ihtiyacı nedeniyle böyle kabul edilir. Şöyle ki; yoksul zenginin malına zengin de yoksulun emeğine, çalışmasına ihtiyaç duyar. Akitlerin meşru olması konusunda insanların ihtiyacı asıldır. Bu nedenle akitler insanların ihtiyacını ortadan kaldıracak biçimde düzenlenir. Bu, İslâm'ın temellerine de uygun olur.

**Kira
çeşitleri**

Kira akdi kimi zaman maldan yararlanma, kimi zaman da iş üzerine yapılabilir. Her iki durumda da anlaşmazlığı ortadan kaldıracak bir biçimde akdin ne üzerinde yapıldığı bildirilmelidir.

**Kirada akit
konusunun
belli
edilmesi**

Yararın belirlenmesi, süre veya mesafenin belirlenmesi ile olur. Sürenin belirlenmesi akitte sınırlandırma yapmak için değil, akdin konusunun miktarını açıklamak içindir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi yararlar peyderpey meydana geldiği için bunların miktarı ancak sürenin açıklanması ile bilinebilir. Nitekim ölçü ile alınıp satılan şeylerin bilinmesi de bunların kaç ölçek geldiğini veya ağırlığını bildirmekle olur.

Yararın bildirilmesi mesafenin açıklanması ile de olabilir. Seyir ve yürümenin miktarı mesafenin bildirilmesi ile bilinir.

İşin bildirilmesi iş yapılacak nesneyi belirtmekle olur. İş sözleşmesinde akdin konusu yıkama, tabaklama, dikme gibi akde konu olan şeyde meydana gelen niteliktir. İşin miktarı, işin yapılacağı nesneye göre değişir. Bu nedenle ücretle başkasını tutan kişi, işi bizzat tuttuğu kişinin yapmasını koşul koymadıkça, işçinin bunu bizzat yapması gerekmez. Eğer bizzat yapması koşul koyulursa o zaman koşula uymak gerekir. Çünkü bu koşulun bir anlamı bulunmaktadır. İş yapma hususunda insanlar arasında farklılık bulunmaktadır.

**Kirada
ücretin
belli
edilmesi**

Akdin konusunu bildirmek gerekli olduğu gibi, anlaşmazlığı ortadan kaldırmak için bedelin belirtilmesi de gereklidir. Muhammed (rh.a.)'in "İcâre"

bahsinin en başında Ebû Hureyre ve Ebû Saîd (r.a.)'den rivâyet ettiği şu hadis de bunu göstermektedir. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لَا يَسْتَأْذِنُ الرَّحُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلَا يَنْكُحُ عَلَى خَطْبَتِهِ لَا تَنَاجَشُوا وَلَا تَبِيعُوا بِأَلْفَاءِ الْحَرِّ
وَمَنْ اسْتَأْذَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلَمْهُ أَجْرُهُ

Başkasının
pazarlığı
üzerine
pazarlık
yapmak

“Bir kimse din kardeşinin pazarlığı üzerine pazarlıkta bulunmasın, onun söz kestiği kadın ile nikahlanmasın. Müşteri kızıştırmayınız, taş atma ile satış yapmayınız. Kim ücretle çalıştırmak üzere bir işçi tutarsa ona alacağı ücreti bildirsin.”²³

Bu, oldukça uzun bir hadis olup Muhammed (rh.a.) bu hadisin bir kısmını “Nikâh” bölümünün başında bir kısmını da “İcâre” bölümünün başında anmıştır. Bu, âlimlerin kabul edip gereğince amel ettikleri meşhur bir hadistir.

Bu hadis, başkasının pazarlığı üzerine pazarlık yapmanın helal olmadığını göstermektedir. Bu lafız iki şekilde rivâyet edilmiş olup bunlardan birisi بَيْتَام şeklinde mim harfinin esreli şekilde okunmasıdır. Buna göre bu ifade yasaklama olur. Bilindiği gibi nehiy (yasaklama) cezimli olur. Ancak cezimli olan bir harf, kendisinden sonra elif-lâm ile başlayan bir kelime bulunduğunda esre ile harekelenir. Diğer rivâyet ise بَيْتَام şeklinde mim harfinin ötreli okunmasıdır. Bu ise haber tarzında olan bir yasaklamadır. Yasaklamanın en şiddetli olan tarzı bu şekilde olanıdır. Nitekim emir için de aynı durum söz konusudur. Çünkü emrin de en üstün derecesi haber tarzında olandır.

Süfyân b. Uyeyne (r.a.) bu hadisin açık anlamını esas alarak şöyle demiştir: “Kişi, başkasının pazarlığı üzerine pazarlık yaparak bir şey satın alır veya başkasının söz kestiği kadın ile evlenirse akit geçersiz olur. Çünkü yasak, yasaklanan şeyin bozuk olmasını gerektirir.”

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Bu, yasaklanan şeyin dışında, ona bitişik olmayan bir gerekçe ile olan bir yasaklamadır. O da kişinin diğer kişiye verdiği eziyet, onu yalnızlığa terk etmektir. Bunun akitle bir ilgisi yoktur. Şu durumda bu şekilde davranmak günahı gerektirmekle birlikte akdi bozmaz. Nitekim gasp edilen arazide namaz kılmanın yasaklanması da böyledir. Hem sonra bu yasaklama alıcı ve satıcı akit yapmaya meyilli olduğunda geçerlidir. Ancak alıcı ve satıcı aralarında pazarlık yapar da her iki taraf akdi yapma konusunda meyilli bulunmazsa, başka bir kişinin satıcı ile pazarlıkta bulunarak malı satın almasında bir sakınca yoktur. Çünkü Resûlullah (s.a.v.) tan rivayet edildiğine göre satılan bir kölenin sahibi ile köle üzerinde pazarlık yapıp onu satın almamış, başka bir kişi onu satın alarak özgür kılmıştır. Diğer yandan bilindiği üzere açık artırma şeklindeki satışta bir sakınca

[15/76]

Açık
artırma

²³ İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, VI/366; Nesâî, *Müzâraa* 1; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/120. bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/394; Buhârî, Şurût 11; Müslim, Nikâh 38; Tirmizî, Buyû' 57.

bulunmamaktadır. Çünkü rivâyet edildiğine göre Peygamber (s.a.v.) bir büyük kap ile çulu açık artırma usulü ile satmıştır.²⁴ Açık artırma şu şekilde olur: Bir kişi yahut onun vekili bağırarak malını satmak istediğini söyler. İnsanlar birbiri peşi sıra bu mala fiyat biçer. Satıcı seslenmeye son vermediği sürece artırmaya katılmakta bir sakınca yoktur. Bir kişi mala fiyat biçer, satıcı da malı arzutmeye son vererek bu fiyata razı olursa, bundan sonra başka bir kişinin bunun üzerinde bir fiyat söylemesi mekruh olur. Bu başkasının pazarlığı üzerine pazarlık yapmak olur. Aynı şekilde bir kişi bir kadına talip olur da kadın ona meyil etmezse başkasının kadına evlenme teklifinde bulunmasında bir sakınca yoktur. Çünkü rivâyet edildiğine göre bir kadın Peygamber (s.a.v.)'e gelerek "Muâviye ve Ebû'l-Cehm bana evlenme teklifinde bulundular." dedi. Bunun üzerine Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurdu:

أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَرَجُلٌ ضَعُفٌ لَا مَالَ لَهُ وَأَمَّا أَبُو الْجَهْمِ فَهُوَ لَا يَزْفَعُ الْعَصَا عَنْ أَهْلِهِ الْكَحْيِ
أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ فَإِنَّكَ تَجِدِينَ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا

"Muâviye, malı olmayan yoksulun biridir. Ebû'l-Cehm ise, sopasını ailesinin üstünden indirmez. Sen Usame b. Zeyd ile evlen. Çünkü onunla evlenirsen onda pek çok hayırlar bulursun."²⁵

Ancak taraflar birbirine meyil gösteriyorsa başka kimselerin dünürlükte bulunması helal olmaz. Çünkü eziyet etme anlamı bu durumda gerçekleşir. Hadiste yer alan "neceş" ifadesi ile kastedilen kaçırmak/dağıtmaktır. Avcı avı yuvasından kaçırdığı için ona "nâciş" denilmiştir. Hadiste kastedilen şey; bir malı, satın alma niyeti olmaksızın layık olmadığını bildiği bir değere istemektir. Kişi bununla, başkasını malı satın almaya yönlendirmeyi istemektedir. Bu bir çeşit hile ve aldatmadır. Hadiste yer alan "Taş atma suretiyle satış yapmayın." sözü bazı rivayetlerde وَلَا تَتَانَدُوا şeklinde yer almaktadır. Bu da aynı anlama gelmektedir. Çünkü "nebz" fırlatma anlamındadır. Hadiste anılan satış türleri insanların câhiliye devrinde uygulayageldikleri satışlardandı. Bu şöyle olur; bir kişi başkasının malına taş atar, taş o mala gelirse aralarında satış akdi gerekli olur. Yahut da kişi bir kişiden malını ister, mal sahibi malı o kişiye fırlatırsa aralarında satış gerekli olur. İslâmiyet, bu tür satışlarda garar (belirsizlik) bulunduğu için bunu yasaklamıştır. "Resûlullah (s.a.v.), نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ belirsizlik bulunan garar satışını yasakladı"²⁶ diye rivâyet edilmiştir.

Muhammed (rh.a.) bu hadisi son kısımda yer alan şu ifâde nedeniyle burada anmıştır: "Kim ücretle bir işçi tutarsa alacağı ücreti ona bildirsin". Bu ifade, kira akdinin ve özgür bir insanı çalışmak üzere ücretle tutmanın câiz olduğuna, ücreti

²⁴ İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/286; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/100; Tirmizî, *Buyû'* 10; Nesâî, *Buyû'* 22;

²⁵ Müslim, *Talâk* 36; İbn Mâce, *Nikâh* 10; Ebû Dâvûd, *Talâk* 37; Tirmizî, *Nikâh* 37; Nesâî, *Nikâh* 22.

²⁶ Müslim, *Buyû'* 2; İbn Mâce, *Ticârât* 23; Ebû Dâvûd, *Buyû'* 24; Tirmizî, *Buyû'* 17; Nesâî, *Buyû'* 27.

bildirmenin gerekli olduğuna, bizzat akit yapmakla ücretin gerekli olmadığına delildir. Çünkü Peygamber (s.a.v.) ücreti bildirmeyi emretmiştir. Eğer ücreti teslim etmek bizzat akit ile gerekli olsaydı Peygamber'in "ücretini ona versin" demesi daha yerinde olurdu.

Peygamber (s.a.v.)'in;

أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرْقُهُ

"İşçinin ücretini teri kurumadan veriniz."²⁷ sözü de buna delildir. Çünkü Peygamber, ücretin ödenmesinde acele edilmesini emretmiş ve bunun ilk vaktinin de işin bitmesinden sonra terin kurummasından önce olduğunu belirtmiştir. Bu göstermektedir ki ücretin gerekli olduğu ilk vakit bu andır.

Ebû Ümâme (r.a.) şöyle demiştir: "Ben Abdullah b. Ömer (r.a.)'e şöyle dedim: Ben develerimi Mekke'ye kadar kirâlıyorum, (Bu nedenle kendim de Mekke'ye kadar gidiyorum), Bu durumda ben Hacc yapmış olur muyum? Abdullah b. Ömer şöyle cevap verdi; sen telbiye getirmiyor musun? Arafatta vakfe yapmıyor musun? Şeytanları taşlamıyor musun? Ben "Evet, bunları yapıyorum." dedim. O da şöyle dedi: Senin bana sorduğun soruyu bir adam Peygamber (s.a.v.)'e sordu. Şu âyet ininceye kadar Resûlullah (s.a.v.) cevap vermedi.

يَا أَيُّهَا النَّاسُ عَلَيْكُمْ خُتَابُ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ

"(Hac mevsiminde ticâret yaparak) Rabbinizden gelecek bir lütfu (kazancı) aramanızda size herhangi bir günah yoktur". (el-Bakara 2/198) Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.) أَنْتُمْ حَاجُّوهُ "Siz hacı olmuş olursunuz."²⁸ buyurdu.

[15/77]

Bu hadis kira akdinin câiz olduğunu ve süreyi belirtmeksizin Mekke'ye (Allah orayı şereflendirsin) kadar deve kiralamanın câiz olduğunu göstermektedir. Çünkü bildirme bakımından mesafeyi açıklamak süreyi açıklamak gibidir. Ayrıca taşımacı kendisinin hacı konusunda tereddüde düştü. Çünkü bu kişi Mekke'ye develerinin yanında bulunmak ve kira geliri kazanmak için gitmekteydi. İşte bu kazanç konusunda tereddüdü vardı.

Taşımacılıkta mesafenin belirtilmesinin sürenin belirtilmesi yerine geçmesi

Resûlullah (s.a.v.) âhîret işi ile dünyalık kazanılmasını kıyamet alametlerinden saymıştır. İbn Ömer (r.a.) o kişinin tereddüdünü, o kişinin hac fiillerini yapmasını öne sürerek gidermiştir. Bundan anlaşılmaktadır ki yalnızca Mekke'ye gitmekle hac yerine getirilmiş olmaz. Hac; ihrâma girmek, Arafat'ta vakfe yapmak, Kâbe'yi tavaf etmek, cemreleri taşlamakla olur. Kişi bu fiilleri yaparken dünyevi bir mal peşinde değildir. İbn Ömer (r.a.) sözü bu noktada bıraksaydı bile bu soruya karşı verilen

²⁷ İbn Mâce, Ruhûn 4; Taberânî, el-Mu'cemü's-sağîr, I/43; Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, VII/120.

²⁸ İbn Ebû Şeybe, Musannef, III/382; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/155; Ebû Dâvûd, Menâsik 6; İbn Huzeyme, Sahih, IV/350; Hâkim, Müstedrek, I/618.

yeterli bir cevap olurdu. Bununla birlikte o, konunun daha iyi anlaşılmasını isteyerek hadisi rivâyet etmiştir. Çünkü İbn Ömer (r.a.)'ın sözünün ilk kısmı düşünerek anlaşılabilir bir delildir. Bu, tıpkı bir kandile benzer. İbn Ömer'in rivâyet ettiği haber ise (incelemeye ihtiyaç duyurmayacak derecede) açık bir delildir. Bu da tıpkı güneşe benzer. Nice gözler vardır ki kandilin ışığı ile görmediği halde alev alev yanan ışığın, yani güneşin doğması ile görür.

Yine bu hadis göstermektedir ki Peygamber (s.a.v.) kendisine sorulan bazı sorularda vahyin inmesini beklerdi. Nitekim Resûlullah (s.a.v.) bu kişinin sorusuna cevap vermeyi vahiy indirilinceye kadar geciktirdi. Daha sonra da bu şekilde yapılan hacda bir eksiklik bulunmadığını bildirdi.

Hadisçiler, Resûlullah (s.a.v.)'a hac yolunda ticaret yapmanın sorulduğunu rivâyet etmişlerdir. Develeri kiralamak da bu anlamda olduğundan İbn Ömer (r.a.) bu konu ile ilgili olarak söz konusu hadisi rivâyet etmiştir.

Buna dayanarak biz şuna hükmediyoruz: Cuma namazı kılınmayan bir köyde oturan kişi, Cuma günü yağ ve et satın almak için şehre gelse ve Cuma namazını kılrsa, bu kişinin elde ettiği sevap ile Cumayı kılmaktan başka bir işi bulunmayan kişinin sevabı birbirine eşittir. Çünkü Müslümanın amacı ibadeti yerine getirmektir. Bunun dışındaki şeyler ona tabi olur. Bu nedenle ibadette bir eksiklik meydana gelmiş olmaz.

Sâid b. Cübeyr şöyle demiştir: "Bir adam İbn Abbas (r.a.)'a gelerek şöyle dedi; ben ücret karşılığı bir grup insana iş yapmaktayım. Ücretimden bir bölümünde de onlar için indirim yaptım. Ben bir yandan ücretle iş yaparken diğer yandan Hac yapmış olabilir miyim? İbn Abbas (r.a.) şöyle cevap verdi: Bu (ücretle çalışmak) da dindendir. Çünkü Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

«نَيسَ عَلَيْكُمْ جَنَاحُ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ»

"(Hac mevsiminde ticâret yaparak) Rabbinizden gelecek bir lütfu (kazancı) aramanızda size herhangi bir günah yoktur." (el-Bakara 2/198)

Bu soruyu soran kişi de daha önceki soruyu soran kişi ile aynı tereddüdü yaşamıştır. Bu kişi sanki Resûlullah (s.a.v.)'ın mücahitlerle birlikte savaşa çıkmak üzere iki dinara tutulan kişi hakkındaki; "Senin dünya ve âhirette göreceğin karşılık yalnızca aldığın dinarlardır." sözünü duymuş ve aynı durumun hac için de geçerli olacağını zannetmiş, bunun üzerine yaptığı Haccın eksikliğini gidermek üzere aldığı ücretin bir miktarında da indirim yapmıştır. Ücrette indirim yapmak, bir iyilik ve dinin gayrete getirdiği şeyi uygulamaktır. Böyle bir şey nafiler gibi farzlardaki eksiklikleri de telafi eder. İbn Abbas (r.a.) bu kişinin tereddüdünü gidererek haccında bir eksiklik bulunmadığını bildirmiştir. O kişiye, haccın tamamlanması için gerek olmasa bile, ücrette yaptığı indirimden vazgeçmesini emretmemiştir. Çünkü

yapılan iyiliğe engel olmak iyi bir davranış değildir. Bu meselede hüküm İbn Abbas (r.a.)'ın verdiği fetvaya göredir.

Mücahitlerle birlikte savaşa çıkmak üzere ücretle tutulan kişi ise böyle değildir. Çünkü o, bizzat savaşmak üzere değil, savaşanlara hizmet etmek maksadıyla çıkmıştır. Bizim meselemizde ise kişi bizzat hac yapmak ve yolda da başkasına hizmet etmek maksadıyla yola çıkmıştır. Bu hizmet tâbi konumundadır. Asıl olan hacda bir eksiklik meydana getirmez.

Râfi' b. Hadîc (r.a.)'den rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: "Resûlullah (s.a.v.) bir bahçeye uğradı ve bu bahçe hoşuna gitti.

[15/78]

"Bu kimin?" diye sordu. Ben de "Benim, ben onu kiraladım." dedim. Bunun üzerine Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurdu:

لَا سِتْأَجْرُهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ

"Bahçeyi, oradan çıkacak ürün karşılığında kiralama!"²⁹ buyurdu.

Bu hadis; dünyevî şeylerde başkalarının hoşuna giden şeylerin Resûlullah (s.a.v.)'ın da hoşuna gittiğini göstermektedir. Ancak Resûlullah, Allahu Teâlâ'nın da

... وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَعَنَا... "Sakin onlardan bazı sınıflara verdiğimiz dünya malına göz dikme!" (el-Hicr 15/88; Tâ-hâ 20/131) buyurduğu gibi, dünyaya meyl etmemiştir. Bu ölçüde bir hoşlanma hiç kimseye zarar vermez. Bazı sapkınların dediği "Kim ki dünyadan herhangi bir şeyi beğenirse, kalbinden bu ölçüde iman eksilir." sözü ise tamamen hatalıdır. Resûlullah (s.a.v.):

حُبُّ الْيَمَنِ مِثْلُ دُنْيَاكُمْ ثَلَاثُ النِّسَاءِ وَالطَّبَبِ وَجَعَلْتُ قُرَّةَ عَيْنِي فِي الصَّلَاةِ

"Bana dünyanızdan üç şey sevdirdildi; kadınlar ve güzel koku. Göz aydınlığım da namazda kılındı."³⁰ demişken bu söz nasıl doğru olabilir?

Bahçe Resûlullah (s.a.v.)'ın hoşuna gidince O: "Bu kimin?" diye sormuştur. Bu göstermektedir ki onun sorması, kişiyi ilgilendirmeyen şeylerden değildir. Çünkü Resûlullah (s.a.v.) kendisini ilgilendirmeyen şeylerden konuşmazdı. Bilakis bu soru karşılıklı ülfet ve hoş geçim türünden bir konusmadır.

Râfi' b. Hadîc (r.a.)'ın "O, bana aittir. Ben kiraladım." demesi göstermektedir ki kişi bir şeye gerçekte sahip olmasa bile o şey kendisine dayandırılabilir. Çünkü Resûlullah bu cevaba tepki göstermemiştir. Buna dayanarak biz şu hükmü veriyoruz: "Bir kişi falanca kişinin evine girmeyeceğine yemin etse, o kişinin kira veya âriyet olarak oturduğu eve girdiğinde yeminini bozmuş olur."

²⁹ Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, IV/263.

³⁰ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/128; Nesâî, *İşretü'n-nisâ* 1; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, XX/420; Hâkim, *Müstedrek*, II/174.

**Müzâraanın
hükmü**

Yine bu hadis, kiralamanın câiz olduğuna ve müzâraa'nın (ziraat ortaklığı) geçersiz olduğuna delildir. Ziraat ortaklığı aktinde araziden çıkan ürünün bir kısmı karşılığında araziye kiralama vardır. Oysa Resûlullah (s.a.v.), Râfi' b. Hadîc (r.a.)'in, içinden çıkan şeyin bir kısmı karşılığında araziye kiralamasını yasaklamıştır. Bu hadis, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin bu şekilde ziraat ortaklığını câiz görenlere karşı kullandığı bir delildir.

**Alt
kira**

Şa'bî (r.a.)'den rivayet edildiğine göre; "Bir kişi bir oda kiralayıp, kiraladığı bedelden daha fazlasına başkasına kiraya verse, bu kişi kapısını açıp kapatabiliyorsa ve eşyasını dışarı çıkartabiliyorsa, fazlalığı almasında bir sakınca yoktur."

Bu rivayet kiracının kiralananı başkasına kiraya verebileceğini göstermektedir. Biz Hanefiler de bu görüşteyiz. Bu aktin, yarar henüz ortada bulunmadığı halde mal sahibi açısından câiz olması, daha önce belirttiğimiz yolla olmaktadır. Aynı durum kiracı için de geçerlidir. Ayrıca mal sahibi yarar var olduktan sonra onun üzerinde akit yapma imkânına sahip değildir. Çünkü yararın varlığı sürekli değildir. Aynı durum kiracı için de geçerlidir. Şa'bî (rh.a.) daha sonra yeni kiracı kapı açmak ve eşyayı çıkarmak gibi işleri yapabildiği durumda, eski kiracının fazlalığı almasının câiz olduğunu belirtmiştir. Bu durumda fazlalık onun işi karşılığında olmuş olur.

**Alt kirada
kira
bedelinin
fazla
olması**

Bu, ilk dönem fakihlerinin görüş ayrılığına düştüğü bir meseledir. Ata' b. Ebû Rabâh (rh.a.) alt kirada fazlalığın alınmasında bir sakınca görmez. Bu konuda Küfe'lilerin fazlalığı mekruh görmelerini tuhaf karşıladı. Şafii (rh.a.) onun görüşünü esas almıştır. İbrâhim en-Nahaî (rh.a.) ilk kiracı malda bir fazlalık meydana getirmediği sürece fazlalığın alınmasını mekruh görürdü. İlk kiracı bir fazlalık meydana getirmiş ise fazlalık helal olur.

Biz İbrâhim'in görüşünü esas alarak şöyle diyoruz: "İlk kiracı, evin herhangi bir şeyini tamir eder, evi çamur veya kireç ile sıvar veya fazladan ahşap bir şeyler eklerse, ikinci kiracıdan fazlalığı alması helal olur. Çünkü biz, Müslümanın davranışını meşru sayma prensibinden hareketle, ilk kiracının aldığı fazlalığın, kendisinin evde meydana getirdiği fazlalığa karşılık olduğunu kabul ederiz. Kişi eve herhangi bir katkıda bulunmamişse fazlalığı alması kendisine helal olmaz. Çünkü Peygamber (s.a.v.);

[15/79]

نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ف لم يضمن

"Ödeme yükümlülüğü yüklenilmeyen şeyden kâr alınmasını yasaklamıştır."³¹

Kira akdi ile kiralanan şeyin yararı kiracının ödeme yükümlülüğüne girmemiştir. Bu nedenle ilk kiracının ikinciden alacağı fazlalık, ödeme yükümlülüğünü

³¹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/174; Ebû Dâvûd, *İcâre* 68; Tirmizî, *Buyû'* 19; Nesâî, *Buyû'* 71

yüklenmediği şeyden kazanç sağlama anlamına gelir. Bu konudaki yasak nedeniyle kişinin aldığı fazlalığı sadaka olarak vermesi gerekir.

Evi kazmak onda bir fazlalık meydana getirme sayılmaz. Çünkü bu toprağın çıkarılmasıdır. Buna bakarak fazlalık helal olmaz. Aynı şekilde kapı açmak ve evdeki eşyayı çıkarmak da evde bir fazlalık sayılmaz. Bunlara itibarla ücretteki fazlalık helal olmaz. Ancak akit sırasında bunlardan belirli bir şey koşul konulmuşsa fazlalık bunun karşılığında olur. Dolayısıyla helal olur. Şa'bî'nin hadisinin yorumu da bu şekildedir.

İbrâhim en-Nahaî (rh.a.)'den rivayet edildiğine göre, ilk dönem âlimleri bir kişiye, anaparayı ve kârı mal sahibine geri vermek koşuluyla ticaret için sermaye verdiklerinde onun bu malların ödeme yükümlülüğünü üstlenmesi için kendisine ücret vermeyi hoş karşıladılar. İbrâhim bu sözü ile, bu görüşün kendisinden önceki sahabîler ve tâbîlere ait olduğuna işaret etmektedir. Böylelikle bu söz, herkese ücretle iş yapan kişilerin (el-ecîrû'l-müşterek) ödeme yükümlüsü olduğu görüşünü savunuların lehine bir delil olmaktadır. Çünkü başkasının malını ticaret yolu ile çalıştıran kişi, bu iş karşılığında bir ücret aldığı anda malı koruma konusunda ücretle tutulmuş bir kişi olur ve herkese iş gören kişilerden olur.

Ecîr-i müşterekin elinde telef olan malın ödenmesi

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir; burada kişinin ödeme yükümlüsü olmasının nedeni açıklanmamaktadır. Bu sözle kastedilen "Bozmayı değil düzeltmeyi istediği malda işçinin, kendi fiili sonucu telef ettiği şeyi öder." anlamı olabilir. Zaten biz de böyle diyoruz. Ecîr-i müşterek işlediği suçun bedelini öder.

Şürayh (rh.a.)'den nakledildiğine göre iki kişi ona bir dava götürdüler; onlardan birisi diğerine bir ev kiralamış, kiracı ayın yarısında evin anahtarını ev sahibine teslim etmiştir. Bunun üzerine Şürayh kiracının ev üzerinde bir hakkının kalmadığını söylemiştir.

Şürayh'in kira konusunda kabul ettiği prensibe göre kira akdi bağlayıcı değildir. Hem kiraya veren hem de kiracı tek yanlı iradesiyle kira akdini bozabilir. Çünkü bu akit, tıpkı âriyet akdi gibi ortada olmayan bir şey üzerine kurulmuş bir akittir. Ayrıca bu akdin geçerli olması ihtiyaç nedeniyle. Akdi bağlayıcı kılmaya bir ihtiyaç yoktur.

Kira sözleşmesinin bağlayıcılığı

Biz Hanefiler bu konuda Şürayh'in görüşünü almıyoruz. Çünkü kira akdi bedelli bir akittir. Bedelli akitlerin bağlayıcı olması asıldır. Ayrıca bedelli akitlerde akdin her iki tarafını da kollamak gereklidir. Bu akit bağlayıcı olarak kabul edilmediğinde taraflar âdil bir şekilde kollanmış olmaz.

Ebû Hanîfe, Şürayh (rh.a.)'in hadisini bir başka yönden ele alarak şöyle demiştir: "Kiracı evin anahtarını, bir özürlü nedeni ile ev sahibine vermişse, ev üzerindeki kira akdinden kurtulmuş olur. Kiracının özürleri de; o bölgeden bir başka yere yolculuk yapmayı istemesi, hastalanması, yahut da if'as ederek iş yaptığı çarşıdan ayrılması vb.dir." Çünkü Şürayh kira akdinin zayıf olduğuna dair

fetva vermiş, ancak bunun zayıflıkta son sınır olduğunu söylemiştir. Şöyle ki o, kiracının bir özrü olsun ya da olmasın, kira akdini tek başına bozabileceğini söylemiştir. Kiracının özrü olduğu halde kira akdini bozamayacağı görüşünü savunanlar ise, kira akdinin son derece kuvvetli olduğunu söylerler. Her iki görüşte de taraflar açısından zarar vardır. Kiraya veren ve kiracının yararının kollanması ve zararlarının ortadan kaldırılması ancak bizim kabul ettiğimiz yolla mümkün olabilir. Çünkü bir özür bulunduğu durumda kira akdinin bozulabilmesi ile kişinin kendi zararı önlenmekte, oysa özürsüz yere kira akdinin bozulması durumunda başkasına zarar verilmesi hedeflenmiş olmaktadır. Ayrıca kira akdinin bedelli bir akit olması onun kuvvetini, akdin dayandırıldığı şeyin akit anında var olmaması da zayıflığını göstermektedir. İki delilin de kendisine çektiği bir meselede her iki delile uygun olan yönler dikkate alınır. Kira akdinin kuvvetli olması delilini esas alarak akdin özürsüz olarak bozulamayacağını, zayıflık delilini esas alarak da bir özür nedeniyle bozulabileceğini söyleriz. Ayrıca, kusur nedeniyle alıcının malı geri vermek istemesi durumunda olduğu gibi, bir akdin bedelli olması, zararı gidermeye ihtiyaç bulunduğu anda akdin bozulabilmesine engel olmaz.

[15/80]

Muhammed (rh.a.)'in "el-Asl" da andığı görüşün açık anlamı, özür bulunması durumunda akdin alıcı tarafından bozulabileceğini göstermektedir. Ancak daha doğru olan görüş "ez-Ziyâdât"ta belirttiği üzere; alıcı kusur nedeniyle malı geri verme özrünü yargıç yanında ispat ettiğinde yargıcın akdi bozmasıdır. Bu rivâyetin dayandığı delil şudur; kiralayan kişi yararı teslim almamıştır. Bu yüzden yarar kendisinin ödeme yükümlülüğüne girmemiştir. Bu şuna benzer; alıcı, malı teslim almadan önce onda kusur varsa, yargıcın hükmü olmaksızın geri verebilir. Diğer rivâyetin dayandığı delil ise şudur; akdin meydana gelmesi bakımından dükkânın kendisi, buradan elde edilecek yararın yerine konmuştur. Akdin ortadan kaldırılması hükmü açısından da böyledir. Kiracı dükkânı teslim almıştır. Bu nedenle bu mesele malı teslim aldıktan sonra kusur nedeniyle onu geri vermeye benzemektedir. Bu açıdan yargıcın hükmü olmadıkça tamamlanmaz.

İbrâhim en-Nahaî (rh.a.)'den rivayet edildiğine göre o, ortak işçinin (ecîr-i müşterek) de diğerlerinin de ödemeye yükümlü olmadıkları görüşüne sahipti.

Ecîr-i hâs,
Ecîr-i
müşterek

Muhammed (rh.a.) "ortak işçi"yi "el-Asl"da; çamaşırları beyazlatan kişi, terzi, ayakkabıcı vb. gibi birden fazla kişiden iş kabul eden kişiler olarak açıklamıştır. Bir kişiye ait olan işçi (ecîr-i hâs) ise; bir kişinin kendisine bir ay hizmet etmek, kendisi ile birlikte Mekke'ye gitmek vb. gibi işçinin başka bir iş yapmasının mümkün olmadığı konularda kişiyi ücretle tutmasıdır.

Özetle söylemek gerekirse; özel işçi/tek bir kişi için çalışan işçi; akdin kendisinin yapacağı hizmet ve iş üzerine yapıldığı kişidir. Bu kişinin iş ve hizmeti ancak süre veya mesafenin belirtilmesi ile bilinebilir. Bu kişinin hizmeti ayn

hükmündedir. Kişinin hizmeti bedelli bir akitle başkasına devredildiğinde o kişi bu hizmeti başkasına teklif etme hakkına sahip olamaz.

Ortak işçide ise işin yapılacağı nesne açıklanarak kişinin yapacağı belirli bir iş üzerine akit yapılır. Çünkü ortak işçi bakımından akde söz konusu olan şey (ma'kûdün aleyh) o kişinin kendi fiili ile bir ayn üzerinde gerçekleştireceği şeydir. Burada sürenin belirtilmesine gerek yoktur. Ortak işçinin bu işi yapması, başkası için çalışmasına engel olmaz. Çünkü kendisine iş yaptıran ilk kişinin hakkı, bu kişinin zimmetinde bulunan bir borç hükmündedir. Bu, tıpkı bir malın satılması ile selem arasındaki ilişki gibidir. Üzerine selem yapılan şey kişinin zimmetinde bir borç olduğundan, selem yapan kişinin başka birisi ile selem akdi yapması imkansız değildir. Ancak satış akdi mal üzerinde gerçekleştiğinden kişi bu malı bir kişiye sattığında onu başkasına satma yetkisine sahip olamaz. Bu nedenledir ki bu tür işçilere ecir-i müşterek (ortak işçi) diğerlerine ise ecir-i hâs (özel işçi) denilmiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) daha sonra İbrâhim en-Nahâî (rh.a.)'nin görüşünü alarak şöyle demiştir: "İşçinin elindeki mal kendi fiili olmaksızın telef olduğunda, ister ortak ister özel işçi olsun, mal kaçınılması mümkün olan veya olmayan bir nedenle telef olmuş olsun, o kişinin ödeme sorumluluğu yoktur." Ebû Yusuf ile Muhammed (rh.a.) bu hükmü özel işçi hakkında kabul etmekle birlikte, ortak işçi hakkında Şürayh (rh.a.)'in görüşünü almışlardır. Çünkü bundan sonra Şürayh'ten rivayet edildiğine göre o, ortak işçilere telef olan malların bedelini ödettiriyordu.

Ortak işçinin ödemesi konusunda sahabîler (r.a.) arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ömer ve Ali (r.a.)'den rivayet edildiğine göre onlar ortak işçinin elinde zayi olan malı kendilerine ödettiriyorlardı. Yine Ali (r.a.)'den rivayet edildiğine göre o, çamaşırları beyazlatan ve elbiseleri boyayan vb. kişilere ödettirmiyordu. Bu görüş ayrılığı nedeniyle sonraki âlimlerden bir kısmı malın yarı bedeli üzerinde işçi ile mal sahibinin sulh yapması fikrini benimsemişlerdir. Biz inşaallah bu meseleleri gerekçeleri ile birlikte gerekli yerlerde açıklayacağız.

Şürayh (rh.a.)'ten nakledildiğine göre o, gemi kaptanına geminin batması ve yanması durumu dışındaki nedenlerle malın telef olması durumunda bedeli ödettiriyordu. Bilindiği gibi kaptan, ortak bir işçidir. Daha önce açıkladığımız üzere Şürayh'in görüşüne göre kaçınılması mümkün olmayan durumlar dışında ortak işçi telef olan malı öder. Gemi açısından bakıldığında geminin yanması veya batması kaçınılması mümkün olmayan durumlardandır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: Gemi, kaptanın sevki veya manevrası nedeniyle batmışsa kaptan telef olan malı öder. Çünkü telef onun fiili sonucu meydana gelmiştir. Ortak işçi kendi fiili ile yaptığı telefı öder. Gemi, kaptanın ekmek yapma, yemek pişirme vb. gibi bir ihtiyaç için gemiye aldığı ateş sonucu yanmışsa kendisinin ödeme sorumluluğu yoktur. Çünkü gemi ev gibidir. Kaptan ihtiyaç nedeniyle gemiye ateş sokmakla sınırı aşan bir davranışta bulunmuş olmaz.

İşçinin telef ettiği malı ödeme yükümlülüğü

[15/81]

Malın telef olması, ne neden olma ne de doğrudan ortak işçiye dayandırılmadığından ödemeye yükümlü olmaz.

İbn Ebû Leylâ (r.h.a.) ortak işçiye, elinde telef olan malı ödettirirdi. Ancak o, bu konuda şöyle derdi: Gemi suda bulunduğu kaptanın yönetmesi sonucu batsa bile onun ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü batma, çoğunlukla meydana gelen ve kaçınmanın mümkün olmadığı bir durumdur. Bu tıpkı büyük bir yangın ve genel bir savaş durumu gibidir.

Biz ise şöyle diyoruz: Kaptan gemiyi sürerken veya manevra yaparken, batmayacağı bir yere çekmek suretiyle bundan kaçınabilirdi. Malın telef olması onun fiili ile olduğundan öder.

Şürayh (r.h.a.)'tan nakledildiğine göre bir kişi kendisine bir boyacıyı getirerek şöyle dedi: "Ben, boyaması için buna kumaş verdim. Onun evi yandı."

Şürayh boyacıya: "Bu kişinin kumaşının bedelini öde!" dedi.

Boyacı "Benim evim yanmışken ben nasıl onun kumaşını ödeyim?" dedi

Şürayh şu şekilde cevap verdi: "Onun evi yansaydı, ondan alacağın ücreti bırakır mıydın?"

Bu olayda sözü edilen yangın büyük çaplı bir yangın değildi. Şürayh'in görüşüne göre; ortak işçi kaçınılması mümkün olan durumlarda telef olan malı öder. Söz konusu olayda Şürayh; sanki boyacının kumaşı evden çıkarmaya veya yangını söndürmeye gücü yettiği, böyle yaparak teleften kaçınması mümkün olduğu halde bunu önemsemeyerek telefe engel olmadığını biliyor gibidir. Bu yüzden boyacıya "Bu kişinin kumaşını öde!" demiştir. Bunun üzerine boyacı karşı delil ileri sürerek "Benim evim yandığı halde ben nasıl onun kumaşını ödeyim?" demiştir. Boyacı bununla yangının büyük olduğunu iddia etmiş gibidir. Şürayh (r.h.a.) ise bunun böyle olmadığını bildiğinden onu onaylamamış boyacıya "Onun evi yansaydı sen ücretini ona bırakır mıydın?" diye sormuştur. Bu şekilde delil getirmesi şu anlama gelmektedir; Bunun malını koruman, onun senin üzerindeki hakkıdır. Bunun karşılığında ücret almak da senin onun üzerindeki hakkındır. Onun evinin yanması durumunda senin hakkın ortadan kalkmadığı gibi, senin evinin yanması durumunda da onun hakkı ortadan kalkmaz.

Bu olaydaki boyacı fıkıh bilgini (fakih) olsaydı iki durum arasındaki farkı Şürayh'e şu şekilde açıklayabilirdi: "Ey Hâkim! Senin yaptığın bu kıyas geçersizdir. Çünkü benim ondan alacağım ücret onun zimmet borcudur. Onun evinin yanması ile benim hakkımın konusu ortadan kalkmamaktadır. Onun hakkı ise kumaşın kendisindedir. Benim evim yandığında onun hakkının konusu ortadan kalkmıştır." Bu farkı Şürayh'a anlatmak bu boyacının aklına gelmemiş veya Şürayh'ten çekinerek ona itiraz etmeyip, hükmünü kabul etmiştir.

Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin görüşüne göre ortak işçinin evi, kendisinin haksız bir fiili ile yanarsa o kişi telef olan malı öder. Ev kendisinin fiili olmaksızın yanarsa ödemez. Özel işçi de yalnızca kendisine emredilen şeye aykırı davrandığında ödemeyle yükümlü olur.

Ebû Ca'fer'den nakledildiğine göre Ali (r.a.), terzi, çamaşırcı vb. diğer ortak işçilerin elinde telef olan malları, insanların mallarının zayi olmaması konusunda ihtiyat göstermek için onlara ödettiriyordu.

Yine Ebû Ca'fer'den diğer bir rivayete göre Ali (r.a.) çamaşırcı, boyacı, kalıpcı gibi kişilere ödettirmiyordu.

Bükeyr b Eşec'den rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: Ömer b. Hattâb (r.a.), boyacıya insanlara ait mallardan bozdukları veya kendi ellerinde telef olan malları ödettiriyordu. Telefon işçinin fiili dışında olması durumunda ödeme konusundaki görüş ayrılığını daha önce belirtmiştik.

[15/82]

Bu rivâyetler, Ömer ve Ali (r.a.)'nin, ortak işçinin meydana getirdiği telefî onlara ödettirdiklerini göstermektedir. Çünkü Bükeyr'in "İnsanların mallardan bozdukları" sözü onların fiili ile meydana gelen telefî ifade etmektedir. Bu bizim Züfer ve Şafii (r.h.a.)'ye karşı delilimizdir. Çünkü onlar ortak işçinin, kendi fiili ile telef olan malı ödemeyeceği görüşünü benimserler. Bu konu inşaallah ilgili bölümde açıklanacaktır.

İbrâhim b. Ebû'l-Heysem'den (r.a.) rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: "Gemilerden yağ satın aldım. Yağ küplerini bir hamala taşıttım. Küplerden birisi kırıldı. Bunun üzerine hamalı Şürayh'e dava ettim.

Hamal "Çarşıda insanlar beni sıkıştırdı ve kap kırıldı." dedi.

Şürayh ona "Bu kişi, sen yağları onun evine ulaştırırsın diye kiralamıştır. Bu kabın bedelini kendisine öde!" dedi.

Bu olayda sözü edilen yağ "el-Kâzî" الكاذى denilen Hindistan'dan gemiler ile Irak'a getirilen bir yağdır. Diğer bir görüşe göre de, bu kelime gemiye binen kişilerin tıpkı diğer eşyalar gibi ihtiyacı için edindiği kaplardır. Kişi gemiden çıktığında bunları satar.

Daha önce açıkladığımız üzere Şürayh (r.h.a.)'a göre ortak işçi, kaçınılması mümkün durumlarda telef olan malı öder. Hamal da ortak işçidir. Hamal, pazar yerindeki kalabalığın dağılmasını beklemek suretiyle bu kalabalığın neden olduğu teleften kaçınabilir. Bu yüzden ona ödettirmiştir.

Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre hamalın elindeki mal başkasının fiili sonucu telef olduğunda hamalın ödeme sorumluluğu bulunmaz. Mal hamalın tökezlemesi veya ayağının kayması nedeniyle telef olursa, öder. Çünkü bu kendisinin fiilidir. Bu konuda yemin ettikten sonra onun sözü kabul edilir. Çünkü hamal, Ebû Hanîfe

Telef
edilen
misli
(standart)
malların
ödemesi

(rh.a.)'ye göre emindir. Emin olan kişi kendisini ödeme yükümlüsü kılan nedeni inkâr ettiğinde yemin ettirilerek sözü kabul edilir.

İbn Sîrîn (rh.a.)'den rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: Bir dokumacı, bozduğu kumaşı, Şûrayh'a getirirse, o: "Kumaş sahibine ipinin benzerini vererek kumaşı kendin al!" derdi. Eğer kumaşta bir bozukluk göremezse "Dokumacının, koşula uymadığına dair iki tanık getirin." derdi.

Bu rivayet göstermektedir ki, ortak işçi, mal sahibinin mislî (taneleri birbirine denk veya aynı olan mal) olan bir malını telef ettiğinde onun dengini öder. İp de standart (misli) bir maldır. Yine bu rivayet ödeme sonunda, ödenen şeye kişinin sahip olduğunu göstermektedir.

İbn Ebû Leylâ bu olayın son kısmını alarak şöyle demiştir: "Ortak işçi ile mal sahibi koşul konusunda anlaşmazlığa düşerlerse dokumacının sözü esas alınır. Kumaş sahibi, dokumacının koşula aykırı davrandığını ispat etmek için tanık getirmek zorundadır." Biz Hanefîlere göre ise bu hususta kumaş sahibinin sözü esas alınır. Çünkü izin ondan alınır. Bu iznin niteliği konusunda da onun sözü esas alınır.

Âmir (r.a.)'den rivayet edildiğine göre Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

ثَلَاثَةٌ أَنْ خَضَعْتَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَضَعْتَهُ رَجُلٌ بَاعَ خُرًّا وَأَكَلَ ثَمَنَهُ
وَاشْتَرَقَّ الْحُرُّ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا وَاسْتَوْفَى عَمَلَهُ وَمَتَّعَهُ آخَرُهُ وَرَجُلٌ أَعْطَى بِي، ثُمَّ عَدَرَ

İş yaptırıp
ücretini
vermeyenle
ilgili tehdit

"Ben üç kişinin kıyamet gününde hasmıyım, ben hasım olduğum kimseye karşı çok sıkı mücadele ederim: Bunlar; özgür bir kişiyi satarak onun parasını yiyen ve özgür birini köleleştiren kişi, bir işçi tutup işini yaptırdığı halde ücretini vermeyen kişi, benim adıma söz verip sonra da sözünü tutmayan kişi."³²

Bu hadiste kullanılan ifadeler, en ileri derecede tehdit ifade etmektedir. Çünkü Resûlullah (s.a.v.) ümmetinin şefaâtçisidir. Her mümin onun şefaati ile kurtulmayı ümit eder. Şefaâtçi olan kişi hasım olursa durum son derece şiddetli olur.

Hadisteki "Ben hasım olduğum kimseye karşı çok sıkı mücadele ederim." sözünün anlamı "Onu sorumlu tutarım, ona karşı deliller ileri sürerim." demektir.

[15/83]

"Özgür bir kişiyi satarak onun parasını yiyen kişi" sözünden maksat gerçek anlamda satış değil, şeklen satıştır. Çünkü özgür bir kişi gerçek anlamda satılmaya elverişli değildir. Kişi, özgür bir insanı satmakla büyük bir günah işlemektedir. Ancak bu, şekil bakımından satış yapmakla olur. Resûlullah (s.a.v.) bu kişinin yaptığı işi mecâzen "satış", karşılığında aldığı bedeli de "semen" diye isimlendirmiştir.

³² Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/358; Buhârî, *Buyû'* 106; İbn Mâce, *Ruhûn* 4; İbn Hibbân, *Sahih*, XVI/333.

Kim özgür bir kişiye karşı böyle bir harekette bulunursa onu küçük düşürmüş olur. Oysa Mü'min hem Allah hem de Resûlü yanında şerefli ve saygınlıdır. Bu nedenle Resûlullah (s.a.v.) Mümini küçük düşürmek isteyen kişinin hasımıdır. Bir kişi özgür bir insanı kendisinin kuvvetli, o kişinin de zayıf olması durumunda satabilir. Resûlullah (s.a.v.) bütün zayıflar adına hasımdır. Kişi özgür birisini köle yapmakla ona zulmetmektedir. Oysa Resûlullah (s.a.v.) zâlimden hakkını alıncaya kadar mazlûmun hakkını savunan bir hasımdır.

“Ücretle bir işçi çalıştırıp, işini ona yaptırdığı halde ücretini vermeyen kişi” den kastedilen de böyledir. Çünkü onu çalıştıran kişi onu çalıştırmakla küçük düşürmüş, ücretini vermemekle de ona üstün gelmiş zulmetmiştir. Resûlullah (s.a.v.) bu kişinin haklarını savunacağını da söylemiştir.

Bu hadis, ücret karşılığında işçi çalıştırmanın câiz olduğunu ve ücretin sırf akit nedeniyle gerekli olmadığına delildir. Çünkü Peygamber (s.a.v.) iş bittikten sonra işçinin ücretini vermeyen kişileri tehdit etmiştir. Eğer ücret bizzat akit ile gerekli olsaydı, ücreti vermeme nedeniyle olan tehdidi anmak için, işin bitmiş olmasını koşul koymazdı.

Hadisteki “Benim adıma söz verip sonra da sözünde durmayan kişi” ile kastedilen, bir kâfire Allah veya Resûlü adına güvence (eman) verdiği halde sözünü tutmayan kişidir. Bu aynı zamanda Allah Resûlü (s.a.v.)’nın seriyye³³ komutanlarına yaptığı tavsiyeler arasında söylediği şu sözün anlamıdır:

وَأِنْ أَرَادُوكُمْ أَنْ تُعْطُوهُمْ دِمَّةَ اللَّهِ وَدِمَّةَ رَسُولِهِ فَلَا تُعْطُوهُمْ

“Eğer düşmanlarınız sizden Allah ve Resûlünün güvencesini vermenizi isterlerse, bunu kendilerine vermeyin.”³⁴

Bu hadis, bizim belirttiğimiz anlama gelmektedir. Şöyle ki; güvence verilen kişi bizim ülkemizde küçük düşmüş bir durumdadır. Ona güvence veren kişi, Allah ve Resûlü adına kendisine güvence verdikten sonra sözünde durmaz ve onu küçümserse ona zulmetmiş olur.

Ebû Nuaym (r.a.)’ın bazı sahabelerden rivayet ettiğine göre;

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ غَسْبِ الْبَيْتِ وَكَسْبِ الْحَجَامِ وَقَفِيرِ الطَّحْنَانِ

“Resûlullah (s.a.v.); damızlık hayvanın aşım ücretini, hacamat yapan kişinin kazancını ve değirmencinin öğütme işi karşılığında öğüttüğü buğdayın bir ölçüğünü almasını yasaklamıştır.”³⁵

Erkek
hayvanın
aşımı
karşılığında
ücret almak

³³ **Seriyye:** Askeri müfreze. Düşman üzerine gönderilen küçük süvari müfrezesi.

³⁴ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/358; Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V/232; Ebû Ya'lâ, *Müsned*, III/6; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-ıv-sât*, I/48.

Bu hadiste yer alan “damızlık hayvan ücreti” ile kastedilen erkek hayvanı dişilere çekmek üzere kiralamaktır. Bu haramdır. Çünkü erkek hayvanın sahibi hayvanın menisi karşılığında para almaktadır. Oysa meni değersiz ve değeri olmayan bir şeydir. Bunun üzerine yapılan akit geçersizdir. Ayrıca erkek hayvan sahibi bu akdi yapmakla, gerçekleşmesi kendi elinde olmayan bir şey, yani erkek hayvanın menisi ile dişi hayvanın gebe kalması üzerine akit yapmaktadır. Oysa bu kendisinin elinde olan bir şey değildir. Bu aynı zamanda erkek hayvanın isteğine de bağlıdır.

Değirmencinin ücretini, öğüttüğü undan alması

Hadiste yer alan “değirmenci ölçeği” de böyledir. Bu, bir kişinin belirli bir miktar buğdayı öğütmek üzere bu buğdayın kendisi veya unundan bir ölçek karşılığında değirmenci ile kira akdi yapmasıdır. Bu akit haramdır. Çünkü bu geçersiz bir akittir. Çünkü bu akit, geçerli olsa değirmenci daha yaptığı işin ilk kısmı ile buğday sahibine ortak olmaktadır. Oysa bilindiği gibi bir işçi kendisinin de ortak bulunduğu şeyde yaptığı iş karşılığında ücret alamaz. Ayrıca buğday sahibi ücreti ya zimmetinde ya da var olan aynda yüklenmektedir. Bu olayda buğday sahibi, ücreti zimmetinde yüklenmemiştir. Bu buğdayın unu da akit sırasında bulunmamaktadır.

Hacamat ücreti

“Hacamat yapan³⁶ kişinin kazancı”na gelince; Zâhirî mezhebindekiler bu hadisin açık anlamını esas alarak hacamat yapan kişinin aldığı ücretin haram olduğunu söylemişlerdir. Delilleri şudur: Hacamatçı bu ücreti, kişinin bedeninden çıkardığı kan veya kan alma yerini yarması karşılığında almaktadır. Oysa bu bilinmemektedir. Bu nedenle de haram olur. Ebû Hureyre (r.a.)’nin rivayet ettiği şu hadis de buna delildir: Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

[15/84]

مَنْ الشَّخْتُ عَسْبُ الثَّيْسِ وَمَنْهُرُ الْبَغْيِ وَكَسْبُ الْحِجَامِ

“Damızlık hayvanın aşım ücreti, fahişenin aldığı ücret ve hacamatçının kazancı haram kazançlardır.”³⁷

Bu hadisteki fahişenin aldığı ücret ile kastedilen zinâkar kadınların zina fiili sonucu, kendileri ile zina yapan erkeklerden istedikleri paralarıdır.

Câhiliye devrinde bazı kimseler câriyelerini bu iş için kiralyorlardı.

﴿وَلَا تَكْرَهُوا فِتْيَانَكُمْ عَلَىٰ الْإِغَاءِ﴾

³⁵ İbn Mâce, Ticârât 10; Nesâî, Buyû’ 94; Ebû Ya’lâ, *Müsned*, II/301; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, V/339

³⁶ Hacamat: Vücudun istenen yerine kan toplamak için şişe çekmeye dendiği gibi toplanan kanın kılcal damarlardan alınması anlamında da kullanılır. Bu işlemlerden birincisine “kuru hacamat”, ikincisine “kanlı hacamat” denir. Hacamat yaptırmaya ihticâm, bu işi meslek edinen kişiye haccâm, kullanılan aletlere ise mihcem denir.

³⁷ İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/512; Müslim, *Müsakât* 40; Tirmizî, *Buyû’* 46; Nesâî, *Sayd* 15; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/315; Taberânî, *el-Mu’cemü'l-kebir*, VII/161;

"Câriyelerinizi fuhşa zorlamayın!" (en-Nûr 24/33) ayeti bu konuda inmiştir.

Hadiste bunun ile hacamatçının kazancı birlikte anıldığından hacamatçının kazancının haram olduğu anlaşılır.

Biz Hanefîler ise şöyle diyoruz: Hacamatçının kazancı ile ilgili olan bu yasak, Ebû Hureyre (r.a.)'nin rivayet ettiği hadisin son kısmında yer alan şu ifade ile kaldırılmıştır: Bir adam Peygamber (s.a.v.)'e gelerek "Benim hacamat yapan bir kölem ve su taşıyan bir hayvanım var. Kölemin elde ettiği kazançla hayvanıma yem alabilir miyim?" Resûlullah (s.a.v.): "evet" dedi.

Bir başka kişi gelerek "Benim bakmakla yükümlü olduğum kimseler ve hacamat yapan bir kölem var. Bu kişilere hacamatçının kazancından harcayabilir miyim?" Resûlullah "evet" dedi.³⁸

Yasaktan sonra bir şeye izin vermek o yasağın kaldırıldığını gösterir.

İbn Abbas (r.a.)'ın hadisi de buna delildir. O şöyle demiştir:

أَحْتَجُّمُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ

"Resûlullah (s.a.v.) kan aldırdı ve hacamat yapan kişiye ücretini verdi."³⁹

Eğer bu haram olsaydı Peygamber (s.a.v.) vermezdi. Çünkü haram olan bir şeyi yemek helal olmadığı gibi onu başkasına yedirmek de helal değildir. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لَعَنَ اللَّهُ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكَلَّهُ

"Allah fâizi yiyene de yedirene de lânet etsin!"⁴⁰ Bir başka hadiste de

لَعَنَ اللَّهُ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ

"Allah rüşvet verene de alana da lanet etsin!"⁴¹

Hanefî âlimlerimizden (rh.a.) bazıları hacamatçının kazancı hakkındaki yasaklamanın haram kılma tarzında olmayıp, şefkat gösterme tarzında olduğunu söylemişlerdir. Çünkü bu tip kazançlar kişiyi alçaltır, değersizleştirir. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ مَعَالِيَ الْأُمُورِ وَيُبْغِضُ سَفْسَافَهَا

**Yenilmesi
haram
olan bir
şeyi
başkasına
yedirmek**

**İnsanlar
arasında
değersiz
sayılan
işlerle
uğraşmak**

³⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/141; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, IV/275.

³⁹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/90; Buhârî, *İcâre* 18; Müslim, *Müsâkât* 65; İbn Mâce, *Ticârât* 10; Ebû Dâvûd, *İcâre* 38.

⁴⁰ Buhârî, *Buyû'* 16; Müslim, *Müsâkât* 106; İbn Mâce, *Ticârât* 58; Ebû Dâvûd, *Buyû'* 4; Tirmizî, *Buyû'* 2; Nesâî, *Talâk* 13.

⁴¹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/164; İbn Mâce, *Ahkâm* 2; Ebû Dâvûd, *Akdiye* 4; Tirmizî, *Ahkâm* 9; Hâkim, *Müstedrek*, IV/115.

"Allah yüce işleri sever, düşük işlere de buğzeder."⁴²

Biz de bu görüşteyiz. İnanan bir kişi için en iyi yol, kendisini alçaltmayan bir yolla kazanç elde etmektir. Osman (r.a.)'ın hadisi de bunu göstermektedir. O özgür kıldığı kölelerden birine ne iş yaptığını sormuş, o, kendisinin hacamatçı olduğunu söyleyince, Osman (r.a.) "Şüphe yok ki senin kazancın kirlidir." buyurmuştur.

Atâ, Mücâhid ve Tâvus (rh.a.)'tan nakledildiğine göre onlar şöyle demişlerdir: "Aksi koşul konulsa bile, ücretle hayvan gütmek üzere tutulmuş bir çobanın ödeme sorumluluğu yoktur." Biz de bu görüşteyiz. Eğer bu kişi özel işçi ise o zaten tıpkı kendisine emanet bırakılan kişi gibi emin konumundadır. Emin olan bir kişiye ödeme koşulu koymak geçersizdir. Çoban ortak işçi ise; Ebû Hanîfe'ye göre kendisinin fiili dışında telef olan hayvanlarda, ödeme koşul konulmuş olsun olmasın yine ödeme sorumluluğu yoktur. Kendi fiili ile telef olanlarda ise ödeme koşul konulmuş olsun olmasın sorumluluk vardır.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise kaçınılması mümkün olmayan bir nedenle telef olan hayvanlarda, ödeme koşul konulmuş olsun olmasın ödeme gerekmez. Hem Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin hem de Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in kurallarına göre bu kişiye ödemenin koşul konulması geçersizdir.

Allah doğruyu en iyi bilir.

SANATKÂRA MAL SİPARİŞİ VERMEK (İSTİSNÂ' AKDİ)

Satışlar dört çeşittir;

a- Eldeki malın, satış bedeli (semen) karşılığında satılması,

b-Zimmette borç olan mislî (standart) malın, selem karşılığı satılması ki bu selem akdidir.

c- Ayn'ın tâbi konumda olduğu bir işte emeğin satılması. Bu da bir işi yaptırmak üzere kişi ile hizmet akdi yapmaktır. Burada akde konu olan şey, işçinin söz konusu şey üzerinde gerçekleştireceği iştir. Bu işlemde meselâ boyama işinde boya akdin asıl konusu değil, ona tâbi olan bir şeydir.

d-Üzerinde sanatkârın işinin koşul konulduğu bir aynın satılması ki bu da istisnâ' (sipariş) akdidir.

İstisnâ' (sipariş) akdinde yapılması istenen şey, satım sözleşmesindeki satılan mal gibi bir ayndır.

Satış
çeşitleri

[15/85]

⁴² İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/332; Hâkim, *Müstedrek*, V/112; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, III/131; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, X/191.

Bu nedenle sipariş (istisnâ') sözleşmesinde görme muhayyerliği vardır. Sipariş sözleşmesinde sanatkârın çalışması koşul konulmuştur. Çünkü bu tür bir iş, kendisine özel bir isimle anıldığı gibi, bu ismin gerektirdiği kendisine özel bir anlamı da bulunmalıdır. Şöyle ki yapmasını istemek anlamındaki 'لاستصاح' (istisnâ') kelimesi "yaptık" anlamındaki صَنَعَ (Sanaa) kelimesinin اِسْتِغْعَالَ (istif'âl) babından masdarıdır. Bundan anlaşılmaktadır ki sipariş sözleşmesinde iş, koşuldur. İnsanların teâmül (âdet ve örf) durumuna getirdiği şeylerde sipariş sözleşmesinin hükümlerini biz "Satışlar" ile ilgili bölümde açıklamıştık.

Muhammed (r.h.a.) bu mesele ile ilgili konuya girmiş ve sipariş sözleşmesi ile bir kişinin demirciye demir götürerek, ondan belirli bir ücret karşılığında belirli bir kap yapmasını istemesi durumu arasındaki farkı açıklamıştır. Bu tür bir akit geçerli olup, iş sözleşmeye uygun olarak yapılmışsa demir sahibinin seçim hakkı yoktur. Çünkü seçim hakkı (muhayyerlik) sözleşmeyi bozmak ve kendi malının kendisine geri verilerek zararın giderilmesi içindir. Oysa bizim meselemizde bu durum söz konusu değildir. Çünkü demirci, kendisine teslim edilen demir üzerinde çalıştıktan sonra sözleşmeyi bozmak mümkün olmaz.

Sipariş (istisnâ') akdinde ise akdin konusu ayn (belirli bir mal)dır. Dolayısıyla akdin bozulması da mümkündür. Bu nedenle sipariş akdinde siparişi veren kişinin görme muhayyerliği vardır. Ayrıca önceki meselede demirci, yaptığı akit ile işi zimmetinde yüklenmektedir. Üzerine selem yapılan malda olduğu gibi zimmette borç olan bir şeyde görme muhayyerliği olamaz. Sipariş sözleşmesinde ise, akitle amaçlanan şey bizzat malın kendisidir. Akit onun üzerinde yapılmaktadır. Bu nedenle sipariş akdinde süre belirlenerek akdin konusu ayn'dan deyn'e (borca) dönüşse Ebû Hanîfe'ye göre bundan sonra görme muhayyerliği bulunmaz.

Önceki meselede demirci, kendisine teslim edilen demiri bozarsa, demir sahibi ona teslim ettiği demirin benzerini kendisine ödettirebilir. Demircinin yaptığı kap da kendisine ait olur. Demir sahibi dilerse yapılan kapları kabul eder. Demirciye de ücretini öder. Sanatkâr (demirci) bir açıdan mal sahibinin isteğine aykırı davranmıştır. Çünkü işini güzel yapmamıştır. Bir yönden de onun isteğine uygun hareket etmiştir. Sonuçta demir üzerinde, onu kap durumuna getirmek üzere sanat icrâ etmiştir. İşte bu nedenle, demir sahibi dilerse sanatkârın aykırı davranmasından hareket ederek onu bir gaspçı gibi kabul eder. Bilindiği gibi bir miktar demiri gaspedip ondan kap yapan bir kişi gaspettiği demirin dengini öder. Bu ödeme sonucu kap da kendisine ait olur. Mal sahibi dilerse de sanatkârın kendi isteğine uygun çalışmasından hareket ederek onun yaptığı iş, kendisinin istediğinden farklı nitelikte olsa bile kabul ederek, kabı alır ve demircinin ücretini verir. Bu şuna benzer; bir malı satın alan kişi, o malda bir kusur gördüğünde dilerse bu malı geri verir. Dilerse kusuru ile birlikte kabul ederek bedelini satıcıya öder. Ne var ki bu meselemizde demir sahibi sanatkâra emsâl işçilik ücretini öder.

Bu ücret de sözleşmede belirtilen miktarı geçemez. Çünkü demir sahibi, sözleşmeye uygun olan iş karşılığında belirttiği ücretin tümünü ödemeyi üstlenmiştir. Ancak demirci işini o şekilde yapmamıştır. Demircinin yapmış olduğu sözleşme gereği diğer kişiye ait olduğundan bu kişi sözleşmede belirlenen ücreti geçmeyecek şekilde emsal ücreti borçlanır. Çünkü bilindiği gibi yarar (hizmet) akitle ve belirleme ile değerlendirilir. Belirlenenin üzerindeki kısımda bu durum yoktur. Ayrıca sanatkâr, sözleşmeye uygun olan iş karşılığında, sözleşmede belirtilen ücrete razı olduğuna göre, sözleşmeye aykırı olan iş karşılığında elbette aynı ücrete razı olur. Bu konu alıcının durumundan farklıdır. Çünkü malı satın alan kişi maldaki kusura razı olduğunda o malın bedelinin (semenin) tümünü ödemek zorundadır. Çünkü semen, malın niteliklerinin değil, kendisinin karşılığıdır. Oysa kusur nedeniyle yok olan şey niteliklidir. Bizim meselemizde ise bedel, akitte koşul konulan iş karşılığındadır. İş, koşula uygun yapılmadığında sanki hiç yapılmamış gibi olur. Bu nedenle işi yaptıranın, kendisi razı olsa bile akitte belirtilen ücretin tümünü ödemesi gerekir.

Bu olay hakkında belirttiğimiz hükümler, bir sanatkâra, üzerinde belirli bir iş yapması için teslim edilen tüm durumlar için söz konusudur. Nitekim ayakkabıcıya, bir çift mest yapmak üzere deri teslim edilmesi, dokumacıya dokunmak üzere eğrilmiş ip teslim edilmesi vb. durumlar böyledir.

“Kişi bir dokumacıya; ipi dokumacıdan olmak üzere, boyu, eni, kalınlığı belirli bir kumaş dokuması için sipariş verse kıyasa göre bu tıpkı mest ve diğerlerini yaptırmak gibi olur.”

Muhammed (r.h.a.) bu ifade ile mest yapılması konusundaki istihsan kıyasını kastetmektedir. Ancak insanlar bunu örf durumuna getirmemişlerdir. Bilindiği gibi biz yalnızca insanların örf durumuna getirdiği şeylerde sipariş akdine (istisnâ'a) cevaz vermekteyiz, örfün bulunmadığı durumlarda ise kıyasa göre hüküm verilir. Bu açıklamalardan sonra şunları söyleyebiliriz: Böyle bir akit câiz değildir. Ancak bu akitte elbisenin teslim tarihi belirlenir ve bedeli de peşin ödenirse, akit câiz olur. Seleme dönüşür. Bu durumda sipariş veren kişinin seçim hakkı kalmaz. Elbiseyi yaptırmak isteyen kişi parayı peşin ödemeksizin akit meclisinden ayrılırsa sözleşme geçersiz olur.

Denildiğine göre bu, Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin görüşüdür. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise; geçerli olan bir sipariş akdinde sürenin anılması bu akdi seleme dönüştürmüyorsa, geçersiz olan bir sipariş akdinde sürenin anılması bu sözleşmeyi nasıl geçerli bir selem akdine dönüştürebilir? Sürenin sözleşmede belirtilmesi, işi istemeyi ertelemek içindir. Halbuki akdin geçersiz olması durumunda iş zaten istenilemez. Öyleyse fâsit (bozuk) bir akitte sürenin belirtilmesi geçersizdir.

İstisnâ'ın
caiz
olduğu
yerler

[15/86]

En doğru olan, yukardaki görüşün tüm imamlara ait olmasıdır. Ebû Yusuf ve Muhammed'in bu konudaki mazeretleri şudur; İmkân ölçüsünde akdi yapan iki tarafın amacını gerçekleştirmek gereklidir. İnsanların örf durumuna getirdikleri şeylerde akdi yapan tarafların açıklamalarına uygun olarak amaçlarını gerçekleştirmek mümkündür. Örfte bulunmayan durumlarda ise bu mümkün değildir. Bu durumda onların amaçlarını mümkün olan bir yolla gerçekleştirme yoluna gidilir. Bu da yapılan akdi selem olarak kabul etmektir.

Bu meseleyi şöyle açıklayabiliriz: İnsanların teâmül durumuna getirdikleri şeylerde, sipariş verilen şey, sanatkârın çalışmasının koşul konulduğu mebi' (satılan mal)'dir. Bu akitte sürenin anılması işin yerine getirilmesi içindir. Süre anılmakla, akdin konusu satılan bir mal olmaktan çıkmaz. Ancak insanların örfünde bulunmayan şeylerde akdin konusu satılan bir ayn değildir. Dolayısıyla sürenin anılması da işin ayn üzerinde yapılması için değildir. Bilakis burada işin akitte belirtilmesi kişinin zimmetinde deyn olarak yüklendiği işin niteliğini belirtmek içindir. Sürenin belirtilmesi de istemeyi geciktirmek içindir. İşte zaten selemin anlamı da budur. Bu nedenle bu şekilde yapılan sipariş akitleri selem olarak kabul edilir.

Kişi bir dokumacıya ip vererek bu ipten yedi arşına dört arşın boyutlarında bir kumaş dokumasını ister de dokumacı bundan daha büyük veya küçük dokursa ip sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse dokumacıya kendisinin ipinin dengini ödettirir. Kumaşı da ona teslim eder. Dilerse kumaşı alarak ücreti öder. Ancak dokunan kumaş, sözleşmede belirtilen boyutlardan daha küçük ise ip sahibi bunun ölçüsüne göre ücret verir. Ücretin miktarı da akitte belirtilenden fazla olamaz. İp sahibinin seçim hakkına sahip olmasının nedeni akdin koşulunun değişmiş olmasıdır. Çünkü dokumacı akitte belirtilenden daha geniş bir kumaş dokuduğunda kumaş, istenilenden daha ince olur. Akitte belirtilenden daha küçük boyutlarda dokuduğunda istenilenden daha kalın olur. Tabi ki bu durum dokumacının kullanacağı ip sınırlandırılmışsa geçerlidir. İp sahibi bu konuda bir sınırlandırma yapmaz da dokumacı, akitte belirtilenden daha büyük ebatlarda kumaş dokursa, belirtilenden daha fazla miktarda ip kullanmış olur. Akittekinden daha küçük ebatlarda dokursa belirtilenden daha az miktarda ip kullanmış olur. İşte akdin koşulundaki bu değişiklik nedeniyle ip sahibi seçim hakkına sahiptir. İp sahibi dilerse dokumacının kendisi koşuluna aykırı davranması yönünü esas alarak onun fiilini bir gasp gibi kabul eder. İpinin mislini ona ödettirir. Kumaş da dokumacının olur. Bu durumda dokumacı, tıpkı ipi gaspederek onu dokuyan kişi gibi, ücret alamaz. İp sahibi dilerse yapılan işe, nitelik olarak sözleşmeye aykırı olsa bile, aslen (dokuma fiilinin kendisinin bulunması itibarıyla) uygun olması nedeniyle razı olur. Dokumacıya ücretini verir. Ancak kumaş akitte belirtilen ebatlardan küçükse ücretini tam vermez.

Dokunan kumaş, istenilenden daha büyük ebatlarda ise dokumacı istenilen işle birlikte fazlasını yapmış olduğundan, ip sahibi ona akitte belirtilen ücreti verir. Fazlalık için ise ayrıca bir bedel belirtilmediğinden dokumacı bu fazlalık için bir ücret isteyemez. Dokunan kumaş istenilenden daha küçük ebatlarda ise, ip sahibi kumaşın büyüklüğüne göre ücret verir. Bu, şu anlama gelmektedir: İp sahibi akitte koşul koyduğu kumaşın ebatları ile yapılan kumaşın ebatlarını oranlar. Koşul konulan kumaşın ebatları yediye dört olsa, bu yirmi sekiz zirâ' yapar. Dokumacının dokuduğu kumaş mesela yediye üç ise, bu yirmi bir zirâ' yapar. Bu durumda istenilen işin dörtte üçünün yapılmış olduğu anlaşılır. Dolayısıyla ip sahibi de akitte belirtilen ücretin dörtte üçünü öder.

[15/87]

Hanefî âlimlerimizin (rh.a.) çoğu bu durumda ip sahibinin dokumacıya akitte belirlenen ücretinin dörtte üçünü vereceğini söylemiştir. Çünkü belirtilen ücretin tümü yirmi sekiz zirâ' karşılığındadır. Dokumacının yaptığı yirmi bir zirâ' ise bunun dörtte üçüne karşılık olmaktadır. Nitekim bir kişi, belirli bir ücret karşılığında yirmi sekiz tuğla yapmak üzere bir kişiyi ücretle tutsa, o kişi de yirmi bir tuğla yapsa ücretin dörtte üçünü hak eder.

Bana göre en doğrusu dokumacıya, akitte belirlenenin dörtte üçünü geçmemek koşuluyla emsal işçilik ücreti verilmesidir. Çünkü kumaşın değeri uzunluk ve genişliğine göre değişir. Tıpkı kadının dış giysisinde olduğu gibi, kumaşın boyunun uzun olması onun değerini düşürebileceği gibi, eninin fazla olması da değerini artırabilir. Yine sarıkta olduğu gibi kumaşın boyunun uzun olması, değerini artırabilir. Demek ki akitte belirtilen ücreti, kumaşın uzunluğuna göre bu şekilde oranlamak mümkün olmaz. Tuğla meselesi ise bundan farklıdır. Çünkü tuğlalar değer bakımından birbirine bağlı değildir. Bundan anlaşılmaktadır ki kumaşta ücretin uzunluğa göre oranlanması mümkün olmaz. Bu nedenle ip sahibi dokumacıya emsal işçilik ücreti öder. Ancak bu emsal ücret belirlenen ücretin dörtte üçünü aşamaz. Çünkü dokumacı, koşul konulan şekilde kumaşı dokumuş olsaydı, alacağı ücretin dörtte üçü belirlenen ücretin dörtte üçüne denk olurdu. Dokumacı akde uygun davrandığında bu miktara razı oluyorsa, akde aykırı davrandığında elbette razı olur. Bu nedenle biz onun emeğinin emsal ücretini almasına hükmettik. Bu emsal ücret de akitte belirlenen ücretin dörtte üçünü aşamaz. Muhammed (rh.a.) "Dokumacıya yaptığı iş karşılığında akitte belirtilen kadar ücret verilemez." derken buna işaret etmiş gibidir.

Dokumacının,
kumaşı ip
sahibinin
isteğinden ince
veya kalın
dokuması

İp sahibi dokumacıya kalın örmesini koşul koyar da o ince örerse durum yine belirttiğimiz gibidir. İnce örülmesi koşul konulduğu halde dokumacı kalın örerse, kendisine akitte belirlenen ücreti geçmeyecek şekilde emsal ücret ödenir. Çünkü ip sahibi, dokumacının koşul konulan niteliğe uygun iş yapması durumunda belirlenen ücretin tümünü ödemeyi üstlenmiştir. Halbuki dokumacı işi bu niteliklerde yapmamıştır. Çünkü kumaşın değeri incelik ve kalınlığına göre değişir.

Bazı zamanlarda kalın kumaş tercih edilirken, bazı zamanlarda ince kumaş tercih edilebilir. Bu nedenle emsal ücretin ödenmesi yoluna gidilmesi gerekir. Belirlenen kalınlıktan fazla olan miktar için bir değer belirlenmediğinden ve dokumacı akitte belirlenen ücrete razı olduğundan, dokumacıya verilecek emsal işçilik ücreti, akitte belirlenen ücreti aşmaz.

İp sahibi dokumacıya, ona ait ipten bir ritil⁴³ eklemesini emreder de dokumacı "Ben kendime ait ipten bir ritil ekledim." der, ip sahibi "hayır eklemedin" derse, yemin ettirilerek ip sahibinin sözü kabul edilir. Bu akdin câiz olma gerekçesi şudur. İp sahibi eklenmesini istediği ipi dokumacıdan ödünç almıştır. Ödünç aldığı bu iplik kendisine ait olan kumaşa eklendiğinde ipi teslim almış, dokumacı da kumaş sahibinin ipi ile çalışmış olmaktadır. Ancak ipin tümü dokumacıdan olursa sipariş veren kişi burada ipi ödünç alarak teslim almış kabul edilemez. Bu nedenle dokumacı kendi ipinde çalışmış olur. Yukarıdaki meselede dokumacı diğer kişiye bir ritil ipi ödünç olarak verip teslim ettiğini iddia etmekte, kumaş sahibi ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yemin ile birlikte inkâr edenin sözü kabul edilir. Dokumacının delil getirmesi gerekir. Çünkü ödünç hükmü ile ipi teslim ettiğini ve karşı tarafın zimmetinde borç olduğunu ispat etmek zorunda olan odur. Dokumacı delil getirirse, kumaş sahibinden kendisine ait olan ipin dengini alır. Çünkü delil ile sabit olan bir şey, karşı tarafın ikrarı ile sabit olmuş gibidir. Dokumacının delili bulunmazsa, kumaş sahibi "bildiği ile yemin eder. Çünkü bu durumda ondan, başkasının fiili üzerine yemin etmesi istenmektedir. Bu şekilde yemin ederse borçtan kurtulur. Yeminden kaçınırsa bu kaçınma, borcu ikrar gibi kabul edilir.

Kişi dokumacıya kumaş dokuması için ip teslim edip, ona teslim edilen ip kadar da kendisine ait ipi kullanmasını emretse ve ipin bedeli ile kumaş dokumanın karşılığı olarak belirli bir miktar para vermeyi koşul koysa bu akit geçerli olur. Bu, istihsâna göre verilmiş bir hükümdür. Kıyasa göre bu akit geçerli olmaz. Çünkü ip sahibi, belirli miktarda ipi dokumacıdan satın almıştır. Oysa bu ip belirlenmiş olmadığı gibi, karşı tarafın zimmetinde borç olarak da koşul konulmamıştır. Ancak Muhammed (r.h.a.) bu miktardaki bir belirsizlikte insanların teâmülû bulunduğu için istihsânen câiz kabul etmiştir. Şöyle ki; bazen bir kişi dokumacıya belirli bir miktar ip verir. Dokumacı "İstediğin şey için bu ip yeterli değildir." der. İpi veren kişi de ihtiyaç kadar ipi dokumacının kendi ipinden kullanmasını ister. Buna karşılık da ipin parasını öder.

Kumaş dokumada sipariş sözleşmesi (istisnâ'), bu konuda teâmül bulunmadığı için câiz değildir. Bu konuda teâmül bulunursa, hakkında teâmül bulunan konularda yapılan sipariş sözleşmesine kıyasla câiz olur. Uzunluk ve kısalık, kumaşın nitelikleridir. Biz daha önce bir boyacıyı, kumaşa kendisine ait boyayı kullanmak suretiyle işlem yapmak üzere ücretle tutmanın câiz olduğunu

[15/88]

**Kumaş
dokumada
istisnâ'**

⁴³ Ritil; yüz otuz dirhemlik bir ölçek. Sa'ın sekizde biri.

görmüştük. Bu meselede de dokumacının kendisine ait iplikle kumaşın en ve boyunu artırması, boyacıya kıyasla câiz olur. Dokumacı, kumaşı ip sahibinin istediği şekilde dokur ve her iki taraf dokumacının kendi ipinden kullandığında ittifak ederse, ip sahibi dokumacının ipinin değerini verir. Çünkü o, ip kendisinin mülküne bittiğinde ipi satın almış olmaktadır. Ip sahibi bunun yanında akitte belirlenen ücreti de verir. Çünkü dokumacı koşula uygun hareket etmiştir.

Kumaş sahibi, "Dokumacı bu kumaşa kendi ipini katmamıştır." der ve kendisinin daha önceden teslim ettiği ip, bir menn⁴⁴ ağırlığında olursa, dokumacı da bu kişiye "Senin ipinin ağırlığı bir men idi. Ben kendi ipimden bir ritil kattım." derse, kumaşı tarttıklarında iki men gelirse, kumaş sahibi "Kumaş sık dokunduğu için ağır geldi." dokumacı "Benim kattığım ip ile sık dokunması nedeniyle ağır geldi." derse, yeminle birlikte dokumacının sözü kabul edilir. Çünkü dış görünüş onu desteklemektedir. Bilindiği gibi anlaşmazlık durumunda, görünürdeki durum kimi desteklerse onun sözü kabul edilir. Yargıç dokuma konusunda bilirkişilere başvurmalıdır. Eğer bilirkişiler "Kumaşın ince dokunması, onun ağırlığını bu kadar artırmaz." derlerse, yeminle birlikte dokumacının sözü esas alınır. Eğer "Kumaşın ağırlığı ince dokunma nedeniyle artmıştır." derlerse, kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü yargıç, telef olan malların değerlerinin belirlenmesi vb. gibi kendisine karışık gelen durumlarda bilirkişilerin görüşlerine başvurur. Dokumacının sözünün kabul edildiği ve kendisinin yemin ettiği durumlarda; kumaş sahibi belirlenen ücreti vermeye zorlanır. Sık dokumanın, elbisenin ağırlığını bu derece arttıracağı bilinen durumlarda kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Kumaş sahibi yemin ederse seçim hakkına sahip olur. Çünkü onun yaptığı akdin koşulları değişmiştir. Çünkü o, dokumacıya kendi ipinden kullanmasını emrettiğinde, yapılandan daha uzun veya geniş bir kumaş yapmasını emretmiştir. Bu durumda kumaş sahibi dilerse dokumacının aykırı hareketini esas alarak kendi ipinin dengini ona ödettirir. Dilerse onun, işin aslında akde uygun davranmasından hareketle, yaptığı iş miktarınca dokumacının ücretini öder. Çünkü ip sahibi, akitte belirlenen ücretin tümünü bir buçuk menn ipi dokuma karşılığında belirlemiştir. Oysa kumaş sahibi yalnızca bir menn ip dokumuştur. Bu nedenle ona ücreti bu hesap üzerinden verir. Belirlenen ücret ve emsal ücret meselesinde, bu hususta daha önce açıkladığımız iki yol bulunmaktadır.

Kumaşın telef edilmiş olması durumunda; mirasçıların haberi olmadan önce kumaş sahibi kumaşı telef etmiş ise "bildiğim kadarıyla" şeklinde yemin etmesi koşuluyla kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü dokumacı kendisine ait ipi

⁴⁴ **Menn:** İki ritla denk düşen bir ağırlık ölçüsü olup ülkelere ve devirlere göre farklılık gösterir. 1 menn her biri 130 dirhem olan 2 ritla denktir. Şer'i miskalle 180 miskal (720 kg.) lık bir ağırlık birimidir. Kaynaklarda, 1612 yılında Mekke'de kullanılan mennin ağırlığının yaklaşık 1042,5 ve 1080,64 gr. arasında değiştiği söylenmektedir.

karşı tarafa teslim ettiğini ve bunun bedelinin karşı tarafın zimmetinde bulunduğunu iddia etmekte, buna karşılık kumaş sahibi bunu inkâr etmektedir. Burada başkasının fiili üzerine yemin ettiğinden “bildiğim kadarıyla” diye yemin eder.

Bu şekilde yemin ederse kumaşın ücretini vermesi gerekir. İpin bedelini vermesi gerekmez. Ücret bunun benzeri bir elbisenin dokunmasına ve bir ritil ipe taksim edilir. İpin miktarı bu ücretin içinden düşülür. Muhammed (r.h.a.) “el-Asl”da bu konuda bundan fazla bilgi vermemiştir.

“Hâkim (eş-Şehid) (r.h.a.) şöyle demiştir: Bu meselede doğru cevap şudur; ücretten, dokumacının fazladan yaptığı dokuma işinin bedeli de düşülür.”

[15/89]

Çünkü belirttiğimiz gibi akitte belirlenen ücret, dokumacının üç ritil iplikte yapacağı çalışmanın karşılığıdır. Halbuki o, iki ritil iplik dokumuştur. Bu şekilde ücretin taksim edilmesi ve elbisenin ağırlığının dikkate alınması ilk meselede belirtilmemiştir. Çünkü ilk meselenin konusu, iplik sahibinin ipliğinin miktarı bilinmediği ile ilgilidir. Dolayısıyla kumaşın ağırlığının ölçülmesi ile doğru söyleyenle yalan söyleyen belirlenemez. Oysa bu meselede ipliği veren kişinin verdiği miktar bilinmektedir. Bu nedenle doğru ve yalan söyleyenin belirlenmesi için elbisenin ağırlığının ölçülmesi yoluna gidilir.

“Bir kimse, değirmenciye bir miktar buğdayı, bir dirhem ve buğdaydan elde edilecek unun dörtte biri karşılığında öğütmek üzere teslim etse bu geçersiz olur.”

Değirmencinin Ölçeği

Bu, değirmenci ölçeğinin (kafîzu't-tahhân) yasaklanması konusundaki hadisın açıklamasıdır. Bir meselede hüküm delille sabit olur ve hükmün illeti de bilinirse, hüküm bu illete dayanarak fer'e (ayrıntıya, dala) de geçer. Bu meselenin ayrıntılarından birisi de şudur; bir kimse bir miktar susamı, bundan elde edilecek yağın bir ritili karşılığında sıkılmak üzere bir kişiye verse bu da geçersiz olur. Yine kişi bir koyunu, bir dirhem ve etinden bir ritil karşılığında kesmek üzere bir kişiyi ücretle tutarsa bu akit de geçersiz olur.

Muhammed (r.h.a.) “el-Asl”da şöyle demektedir: “Hadiste hayvanın sulbündeki meninin, hayvanın karnındaki ceninin ve hayvanın yavrusunun yavrusunun satışı yasaklanmışken, canlı bir koyunun eti karşılığında bir kişi nasıl ücretle başkasını tutabilir?”. Muhammed (r.h.a.) bununla şunu kastetmektedir: Ücret belli olduğunda o tıpkı belli bir satılan mal gibi olur. Hayvanın dölündeki (sulbündeki) meninin ayrı olarak satılması câiz değildir.

Bazılarına göre (metinde geçen) “melâkîh” kelimesinin anlamı erkek hayvanların sulbündeki meni, “medâmîn” de dişi hayvanların rahimlerindeki cenindir. Bazılarına göre tam tersi yani “melâkîh” erkek hayvanların döllemesi

sonucu dışı hayvanların rahimlerde oluşan cenînlerdir. Bu görüşte olanlar şu şiir ile istidlalde bulunmuşlardır:

وَعْدَةُ الْغَنَمِ وَعَدَمٌ قَابِلٌ مَلْفُوحَةٌ فِي بَطْنِ نَابٍ حَابِلٍ

Bir yıl ve gelecek yıl süresince,

İri ve hâmile bir devenin karnında döllenmiş bir durumdadır.

Hadiste yer alan "Hablü'l-habele" ise bir devenin karnındaki ceninin ileride doğuracağı yavrudur. İnsanlar câhiliye devrinde bu tür satışları yapmayı âdet durumuna getirmişlerdi. İslam garar (belirsizlik) satışını yasaklamak suretiyle bütün bunları kaldırmıştır. Muhammed (rh.a.) canlı koyunun etinin bir parçası karşılığında kasap tutmanın câiz olmamasına, hayvanın memesindeki sütün ve sırtındaki yünün satılması konusundaki yasağı da delil olarak getirmiştir. Bundan anlaşılmaktadır ki hayvanın sulbündeki şeyin bedelli bir akitle temlikî câiz değildir. Kasap, bu geçersiz koşula bağlı olarak hayvanı boğazlarsa emsal ücreti hak eder. Çünkü akdin geçersiz olmasıyla üzerinde çalıştığı şeyin hiç bir kısmını elde edemez. Bu durumda o, kendisinin ortak olmadığı bir şeyde, geçersiz bir akde bağlı olarak başkası adına çalışmış olmaktadır. Dolayısıyla da emsal ücreti hak eder. Bu ücret akitte belirlenenden daha fazla olamaz. Çünkü bu miktarın üzerindeki kısım akitte belirtilmemiştir. Ayrıca kasap, belirtilen ücrete razı olmuştur. Akitte belirlenen ücret belirli olduğunda bununla rıza gerçekleşmiş olur.

Değirmenci, dirhemle birlikte çeyrek ölçek un koşul koyup, "senin buğdayının unundan" demese akit câiz olur. Çünkü un, satış akdinde bedel olmaya elverişli ölçekle satılan mallardandır. Dolayısıyla ücret olmaya da elverişlidir.

Bir kimse dokumacıya bir miktar ip vererek, bu iple örülecek kumaşın bir zirâ'ı veya miktarı belirli şayi' bir cüzü (belirli bir oranı) ücret olarak vermek üzere akit yapsa, mezhepteki açık görüşe göre bu câiz olmaz. Çünkü bu, değirmenci ölçeği ile aynı türdendir.

[15/90]

Hocamız (el-Hulvânî), kendi hocasının bunun câiz olduğuna fetva vererek şunu söylediğini naklederdi: "Bu konuda Bizim bölgemiz Nesef'te yaygın bir örf bulunmaktadır. Buna cevaz verilmemesi, delilde yer alan hükme kıyas yolu ile varılan bir hükümdür. Halbuki bilindiği gibi istisnâ' akdi (sipariş sözleşmesi)nde olduğu gibi kıyas, örf ile terkedilir. Hem sonra bunda bir yarar da bulunmaktadır. Çünkü dokumacı kumaştan pay alırsa onu daha hızlı dokur. İşinde daha ciddi olur."

Bir kimse bir kişiye bir miktar susam vererek "Bunun kabuklarını soy, menekşe ile karıştır. Yağını çıkar. Bunun karşılığında sana bir dirhem vereceğim." dese bu akit geçersiz olur. Çünkü koşul konulan menekşe miktarı bilinmemektedir. Bundaki bilinmezlik anlaşmazlığa götürür. Şu durum bundan farklıdır; bir kimse

boyacıya, onun kendi boyası ile boyaması koşuluyla bir elbise verirse bu câiz olur. Çünkü her elbisede kullanılan boyanın miktarı, hem boyacılık mesleği ile uğraşanlar, hem de boyacı olmayanlar tarafından bilinir. Bu durumda taraflar arası anlaşmazlık meydana gelmez. Çünkü elbisedeki renk görülmektedir. Oysa kaynatılan yağdaki koku bilinmemektedir. Bu kokunun miktarı kaynatılırken konulan menekşenin durumuna göre farklılık gösterir. Dolayısıyla burada taraflar arasında anlaşmazlık olur.

Belirttiğimiz iki mesele arasındaki farkı şöyle açıklayabiliriz: Boyacının boya miktarını bildirmesi imkânsız olabilir. Çünkü o, elbiselerin tümünü toplayarak bir defada boyar. Bu nedenle buna itibar etmek gerekmez. Kabukları ayıklayan kişi (yağcı) insanların susamlarını birbirine karıştırmaz. Karıştırırssa susamları öder. Bu kişi her bir kişinin verdiği susamları ayrı ayrı işler. Dolayısıyla bu kişinin kullandığı menekşe miktarını bildirmesi imkânsız değildir. Bu nedenle bu koşul konulmuştur.

Susamları veren kişi "bir kafiz menekşe karşılığında yağını çıkarıp karıştırman koşuluyla" derse akit câiz olur. Aynı şekilde bu susama katılacak menekşenin miktarı, tâcirler tarafından bilinmekte ise bu da câiz olur. Çünkü örfe bilinen bir şey koşul ile bilinen şey gibidir. Bu bilindiğinde taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelmez. Bu nedenle biz, bunun câiz olduğuna hükmettik. Bununla sipariş sözleşmelerinden hangilerinin câiz olup olmadığı anlaşılmış olmaktadır.

Özetle söylemek gerekirse; istisnâ' konusunda örf göz önüne alınır. İnsanların örf durumuna getirdikleri her şeyde sipariş sözleşmesi yapmak câizdir.

Sanatkâr sipariş edilen şeyi bitmiş durumda getirir ve siparişi veren kişi de onu almayı isterse, sanatkar bunu engelleyemez. Çünkü bu mal üzerindeki satış her iki tarafın anlaşması ile bağlayıcı duruma gelmiştir. Ancak sanatkar siparişin bedelini almamışsa, bu bedel karşılığında yaptığı şeyi hapsedebilir (elinde bekletebilir). Siparişi veren kişi, söz konusu malı görmeden önce sanatkar onu başkasına satarsa satış geçerli olur. Çünkü o, kendi mülkünü satmıştır. Sipariş veren kişi görmeden önce akit bu mal üzerinde kesinleşmiş değildir. Satış geçerli olduğuna göre mal onu satın alana ait olur. Siparişi veren kişinin bundan sonra yapabileceği bir şey yoktur.

Bir kimse bir ayakkabıcıya deri verip belirli bir ücret karşılığında kendisine nitelikleri belli bir çift mest yapmasını ister ve ayakkabıcının bunun yanında mestlerin altını kösele yapmasını ve içine de astar dikmesini de koşul koyarsa, daha sonra astar ve mestin altına konulacak köseleyi kendisine tarif ederse bu şekilde yapılan akit geçerli olur. Çünkü bu örfen uygulanan bir akittir. Hakkında örf bulunduğu için mestler üzerine sipariş akdi yapılması câiz olunca, astar ve kösele üzerine câiz olması önceliklidir. Ayakkabıcı, deriye bitişik olarak bir iş yaptığından dolayı, bu işte bir bozukluk olsa bile deri sahibinin seçim hakkı yoktur. Aslında astar ve kösele konusunda deri sahibinin seçim hakkı olmalıydı. Çünkü deri sahibi

**Sanatkârın,
sipariş
edilen şeyi
yaptıktan
sonra, başka
birine
satması**

bunları görmeksizin satın almıştır. Buna rağmen Muhammed (r.h.a.), deri sahibinin derinin aslında seçim hakkına sahip olmadığını söylemiştir. Çünkü deri kendisinin mülküdür. Ayrıca astar ve kösele de deriden ayrı olarak ayakkabıcıya geri verilemez. Hem bu akitte astar ve kösele tâbî konumundadır. Akitten beklenen asıl amaç ayakkabıcının yapacağı iştir. Görmez misin astar ve köseleyle mest daha sağlam olur. Mest bunlara değil deriye bağlanır. Deri sahibi, akitten beklenen asıl amaç olan iş ve bu akitte asıl olan deri konusunda seçim hakkına sahip olmadığı gibi tâbî olan şeylerde de seçim hakkına sahip değildir.

Ayakkabıcı, işi bozuk yaptığında deri sahibi dilerse derinin değerini ona ödettirir. Çünkü o, ayakkabıcının bozuk değil, düzgün iş yapmasını istemiştir. Ayakkabıcı işin aslı konusunda deri sahibine uygun davranmakla birlikte yaptığı işin bozuk olması bakımından da ona aykırı davranmıştır. Bu nedenle deri sahibi dilerse onun bu aykırı hareketini göz önünde bulundurur. Ayakkabıcıyı bir gaspçı gibi kabul ederek derinin değerini kendisine ödettirir. Dilerse işin aslı bakımından akde uygun davranmasını göz önünde bulundurarak, nitelikte değişiklik olduğu halde işi kabul eder. Mestleri alır. Ayakkabıcıya çalışmasının emsal ücretini verir. Astar ve köselenin neden olduğu artışı da öder. Fakat akitte belirlenen ücretten daha fazlasını vermez. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi akitte belirlenen ücret, işin düzgün yapılması karşılığında verilir. İş bozuk olduğunda emsal ücretle, meste eklenen şeylerin değeri ödenir. Çünkü deri sahibi astar ve köseleyi satın almıştır. Bunlar kendi derisine birleştğinde de onları teslim almış olmaktadır.

Hanefî âlimlerimizden (r.h.a.) kimileri şöyle demişlerdir: “Muhammed (r.h.a.)’in: “Akitte belirlenen ücretten fazlasını vermez.” sözü yalnızca ücretle ilgilidir. Derinin değerinde astar ve kösele nedeniyle meydana gelen artışla ilgili değildir. Çünkü bozuk bir akitle satın alınan şeyin değeri ne olursa olsun, değeri ödenmek suretiyle ödenir. Çünkü ayn’lar yararların aksine bizzat değerlidirler. Bu görüşte olan âlimler Muhammed (r.h.a.)’in konunun sonunda cübbe konusunda söylediği “Yalnızca yaptığı işin ücreti konusunda, kendisine akitte belirlenen ücretten daha fazlası verilmez.” sözünü delil göstermişler, “Muhammed (r.h.a.)’in bu konu ile ilgili açıklaması, bu meseledeki bütün durumlarda geçerlidir.” demişlerdir.

Ancak daha kuvvetli görüşe göre Muhammed (r.h.a.)’in bu meselede belirttiği “Kendisine verilecek ücret, akitte belirlenenden daha fazla olamaz.” sözü, hem ücret hem de astar ve köseleyle ilgilidir. Çünkü astar ve kösele, ayakkabıcının yaptığı işe tâbidir. Bu nedenle de burada akit câiz olmuştur. Eğer akdin asıl konusu astar ve kösele olsaydı, bu akit câiz olmazdı. Bunlar akitte asıl amaç değil de tâbî konumunda bulunduğundan, tâbî olan, asla göre değerlendirilir. Asıl (yani ücret), akitte belirlenenden fazla olmayınca, tâbî konumunda olan şey için de aynı durum söz konusu olur. Biz bu meseleyi cübbe ile ilgili bahiste inşaallah ayrıntılı olarak ele alacağız.

Aynı şekilde kişi bir sanatkâra, başlık (şapka) dikmek üzere bir kumaş verse ve o kişiden bunun içine astar dikmesini ve içini yün veya benzeri birşeyle doldurmasını istese, bu konudaki hüküm yukarıdaki meselenin aynısıdır. Çünkü astar ve dolgu, şapkada tâbi konumdadır. Görmez misin şapka dış elbise niteliğindedir. İçine astar ve dolgu dikilmekle daha sağlam olur. Tıpkı mestler gibi, içinde astar ve dolgu bulunmasa da kendisine şapka denilir. Her iki meselede hüküm eşittir.

Belirttiğimiz durumların tümünde, iş yaptıran kişi yapılan şeye razı olur ve onu almak isterse, sanatkâr ücreti alıncaya kadar yaptığı şeyi sahibine vermeme hakkına sahiptir. Ancak ücret veresiye olarak anlaşılmışsa bu durumda işi yapan kişi malı elinde tutma hakkına sahip değildir. Çünkü kira akitlerinde ücret, satış aktindeki bedel gibidir. Satılan mal, ancak satım akdi peşin yapılmışsa semene karşılık elde tutulur (hapsedilir). Veresiye yapıldığında hapsedilemez.

Züfer (rh.a.)'e göre; üzerinde iş yapılan malın aslı, ücretle iş yaptıran kişiye ait olduğundan iş yapanların, malı ücret için hapsedme hakkı yoktur. Çünkü akdin konusu olan iş, mal sahibinin mülküne bittiğinde sanatkâr onu teslim etmiş olmaktadır. Çünkü akdin konusu, sanatkârın mal üzerinde yapacağı iştir. Bu işe, sanatkârın istek ve rızasıyla ücretle iş yaptıranın mülküne bitmiştir. Sanatkâr akdin konusunu teslim ettikten sonra hapis hakkına sahip olamaz.

Biz Hanefiler ise şöyle demekteyiz: Bu, kaçınılması mümkün olmayan bir teslimdir. Çünkü iş yaptıranın mülküne bitişmeksizin sanatkârın iş yapması düşünülemez. Kaçınılması mümkün olmayan şeyler affedilmektedir. Bu nedenle, bununla sanatkâr, hapis hakkının düşmesine razı olmuş olmaz.

Züfer (rh.a.) şöyle diyebilir: "Bu akitte bedel, asıl karşılığında alınan şey değildir. Bedele karşılık olan şey (mübdel) bedel karşılığında hapsedilir. Sanatkâr aslanan şeyde hapis hakkına sahip olmayınca, ona tâbi olan şeyde de hapis hakkına sahip değildir."

Biz ise şöyle demekteyiz: Sanatkârın akdin konusu üzerinde hapis hakkı sabittir. Bu ise ancak aslanan malın hapsi ile mümkündür. Dolayısıyla sanatkâr aslı hapsedme hakkına da sahip olur. Bu, şuna benzer; bir kimse kendisine ait bir malı kiraya verdiğinde malı kiracıya teslim etmesi gerekir. Halbuki kira akdi ayn üzerinde değil, yarar üzerinde yapılmıştır. Ancak yararın teslimi ayn'ın teslimi ile mümkün olduğundan kiralayanın ayn'ı teslim etmesi gerekli olmuştur. İşte bu mesele de ona benzer.

"Akitte belirtilen süre, koşul olarak değil de vaat olarak belirlenmişse sanatkâr ücretini alıncaya kadar malı teslim etmeyebilir."

Çünkü vaatler bağlayıcı değildir. Bu mesele "Murâbaha Satışı" konusunda rivâyet edilmiş olan bir görüştür. Bu rivayete göre; bir kimse satıcıdan bir mal satın alarak bunun bedelini haftalık taksitlerle ödemeyi vaadetse, doğru olan görüşe

**Sanatkârın
ücretini
almak için
malı teslim
etmemesi**

[15/92]

**Kira akdinde
sürenin
koşul olarak
değil de
vaat olarak
belirlenmesi**

göre bu malı murâbaha ile (maliyet fiyatına kâr koyarak) satabilir. Bunu açıklaması gerekmez. Çünkü alıcı malı peşin bedelle satın almıştır. Bu rivayetin de gösterdiği gibi vaat bağlayıcı değildir.

Kişi bir boyacıya belirli bir ücret karşılığında boyaması için bir kumaş verse ve kullanılacak boyayı da tarif etse, bu akit geçerli olur. Çünkü kumaş sahibi boyayı tarif edip bunun Safran, Usfur, Bükkam⁴⁵ vb. gibi türünü de belirttiğinde maksat, anlaşmazlığa götürmeyecek şekilde anlaşılmış olur.

Boyacının kumaşı, sahibinin istediği boyadan başka bir boya ile boyaması

Boyacı, kumaş sahibinin belirttiği boyayı kullanmakla birlikte onun istediği şekilde boyamazsa, kumaş sahibi kumaşın beyaz olarak değerini boyacıya ödettirebilir. Dilerse de kumaşı bu durumu ile alır. Boyacıya emsal ücretini verir. Bu ücret, akitte belirtilenden fazla olamaz. Kumaş sahibinin seçim hakkına sahip olmasının nedeni şudur; boyacı belirlenen boyayı kullanma bakımından bu kişinin koşuluna uymakla birlikte boyamanın niteliği açısından ona aykırı davranmıştır. Kumaşı bu durumu ile almayı tercih ederse boyacıya emsal ücretini verir. Bu ücret verilmesi kararlaştırılan ücretten fazla olamaz. Çünkü boyacı kararlaştırılan ücrete razı olmuştur. Mestler ve başlık (şapka) meselesi bundan farklıdır. Muhammed (rh.a.) belirtilen konularda "Ücretle iş yaptıran kişi, sanatkâra hem emsal ücreti hem de kendiliğinden kullandığı (astar, nâlin vb.) şeylerin değerini verir." demiştir. Burada ise boyanın elbiseye kattığı değerden bahsetmemiştir.

İbn Semâa, Muhammed (rh.a.)'in her iki meseleyi eşit gördüğünü rivayet etmiştir.

Zâhirü'r-rivâye'ye göre iki mesele arasındaki fark şuna dayanmaktadır: Çögen ve sabun, ölü yıkayan kişinin kullandığı âletler olduğu gibi, boya da boyacının iş âletidir. Kumaşını boyatmak isteyen kişi boyayı satın almış olmadığından, akdin bozuk olması durumunda değer in esas alınması söz konusu olamaz. Diğer meseleler ise öyle değildir. Çünkü üzerinde bulunan şey boyanın kendisi değil, rengidir. Kişi, bir mülküne bitişik olan şeyi satın almış olmaktadır. Oysa burada rengin satın alınmış kabul edilmesi mümkün değildir. Astar ve kösele ise öyle değildir. Çünkü bunlar ayakkabıcının işi sonucu deriyi veren kişinin mülküne bitmiştir. Bunlar birer maldırlar. Görmez misin bunlar, o kişinin fiili ile meydana gelir. Bu nedenle de astar ve köselenin ayakkabıya kattığı değer göz önüne alınır.

Muhammed (rh.a.)'den yapılan diğer rivayetin delili ise şudur; kumaştaki boya hükmen var olan bir mal gibi kabul edilir. Nitekim kişinin kumaşı bir başkasının boyası ile boyansa ve iki kişi de bu kumaşı satma konusunda anlaşsalar, elde edilen bedelden kumaş sahibi kumaşının beyaz olarak değerini, boya sahibi de boyanın

⁴⁵ **Safran;** Za'ferân denilen bitkiden elde edilen boyadır. Usfur: Usfur denilen bitkiden elde edilen ve daha çok ipekli kumaşları boyamada kullanılan kırmızı renkli boyadır. Bükkam: Hindistan kökenli bir bitkidir.

değerini alır. Kumaşa bitişmiş olan boya satışa elverişli bir mal hükmünde olmasaydı, elde edilen bedelde boya sahibinin payı bulunmazdı.

Muhammed (r.h.a.)'in "el-Asl"da belirttiği görüş daha kuvvetlidir. Çünkü boya kumaşa bitiştikten sonra ondan ayrılması düşünülemez. Bu durumda boya tek başına değil, kumaşla birlikte değerli bir mal olur. Burada bu kişinin, kumaşın değerini ödemesi gerekmediği gibi, boyanın kumaşa kattığı değeri de ödemesi gerekmez. Mest yaptırma konusunda ise; astar ve kösele mestlerden ayrılabilirdiğinden mestten ayrı, değerli bir mal olarak değerlendirilir. Bu nedenle de bunların meste kattığı değer göz önüne alınır.

[15/93]

Boyacı ve kumaş sahibi, usfur (kırmızı boya) ile boyanmış olan kumaşın boyası konusunda ayrılığa düşseler, kumaş sahibi "Ben safranla boyamanı istemiştim." dese, bize göre yeminle birlikte kumaş sahibinin sözü kabul edilir.

İbn Ebû Leylâ (r.a.) boyacının sözünün kabul edileceğini söylemiştir. Çünkü her iki taraf boyama konusunda iznin bulunduğu anlaşılmıştır. Kumaş sahibi, boyacıya kumaşı ödettirmek yahut da kendisinin seçim hakkına sahip olmasını sağlamak için boyacının akde aykırı davrandığını iddia etmekte, boyacı ise bunu inkâr etmektedir. Yeminle birlikte inkâr edenin sözü esas alınır.

Biz ise şöyle demekteyiz: Boyama konusundaki izin, kumaş sahibinin açıklaması ile anlaşılır. Eğer o, boyama konusunda izin verdiğini temelden inkâr ederse bu hususta onun sözü kabul edilir. Aynı şekilde kumaşın boyanmasını istediği boyayı inkâr ettiğinde de onun sözü esas alınır.

Bir kimse bir ayakkabıcıya bir çift mest yaptırır ve ayakkabıcı bunları bitirdikten sonra siparişi veren "Ben senin bu şekilde yapmanı istemedim." der, ayakkabıcı da "Bana bu şekilde yapmamı emrettin." derse, işverenin sözü kabul edilir. Çünkü daha öncede açıkladığımız gibi, bu konuda izin sipariş verenden alınır. İş verenin yeminine de gerek yoktur. Çünkü yemin, cevabı gerektiren bir iddiada gerekli olur. Halbuki bu meselede bu durum bulunmamaktadır. Çünkü sanatkâr, akde aykırı davranmamış olsa bile, sipariş veren, malı kabul etmekten kaçınabilir. Dolayısıyla kendisinden yemin istemenin yararı yoktur. Aynı şekilde işi yapan sanatkâr bu konuda delil getirdiğinde de sipariş veren aleyhine bir bağlayıcılık söz konusu olmaz. Çünkü beyyine/delil ile sabit olan şey, karşı tarafın ikrarı ile sabit olmuş gibidir.

**İş verenle
sanatkârın
yapılan şeyin
niteliğinde
ayrılığa
düşmeleri**

Sipariş veren kişi "Senden bu şekilde yapmanı istemiştim. Ama ben bunu almak istemiyorum." dese, malı önceden görmediği için muhayyerliği bulunduğundan bunu yapabilir.

**İstisnâ' akdinde
görme
muhayyerliği**

Bir kimse, ayakkabıcıya belirli bir ücret karşılığında tabanını deri kaplaması koşuluyla mestlerini teslim etse, bu konuda açık örf bulunmasından dolayı bu akit geçerli olur. Ayakkabıcı, mestin altını bu meslekte olanların yapmayacağı bir kösele ile kaplarsa mest sahibi seçim hakkına sahip olur; dilerse kaplamasız olarak

**Istisnâ'da
yapılan
malın
kalitesi
konusunda
anlaşmazlık**

mestlerinin değerini ayakkabıcıya ödettirir. Dilerse mestleri alarak ayakkabıcıya emsal ücretini ve kaplamanın değerini öder. Bu ücret de kararlaştırılardan fazla olamaz. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi ayakkabıcı asıl iş bakımından akde uygun davranmakla birlikte işin niteliğinde akde aykırı davranmıştır. Ayakkabıcı, mestlerin altını bu meslekte olanlar tarafından yapılan bir kaplama ile kaplamışsa, kaplama çok iyi olmasa bile, bu akit diğer taraf açısından bağlayıcı olur. Çünkü herhangi bir kayıt konmaksızın yapılan akit ile hak edilen şey, akdin konusunda bir kusurun bulunmamasıdır. Kalite ise tıpkı aynın satışında olduğu gibi ancak koşul konulmakla hak edilir.

Mest sahibi kaliteli kaplama yapılmasını istediği halde ayakkabıcı kalitesiz kösele ile kaplarsa mest sahibi seçim hakkına sahip olur; çünkü seçim hakkını gerektirme bakımından koşulun bulunmaması kusurun bulunması gibidir. Nitekim bir kimse, yazı yazmayı bilmesi koşuluyla bir köle satın alır da bu kölenin güzel yazmadığını görürse, tıpkı akdin konusunda bir kusurun bulunması durumunda olduğu gibi burada da seçim hakkına sahip olur.

**Istisnâ'da iş
verenle
sanatkârın
ücrette
anlaşmazlığı**

Ayakkabıcı, işi istenen nitelikte yaptığı halde taraflar arasında ücret konusunda anlaşmazlık çıkarsa, her iki taraf da delil getirirse işi yapan kişinin delili kabul edilir. Çünkü onun delili kendi hakkı olan ücrette bir fazlalığı ispat etmektedir. Bu yönü ile diğerinin deliline tercih edilir.

[15/94]

Mest sahibi ayakkabıcıya "Sen bunu bana ücretsiz olarak yaptın." der, ayakkabıcı da "Ben bir dirhem karşılığında yaptım." derse, her iki tarafın delili bulunmasa, mest sahibi ayakkabıcıyla bir dirhem üzerinde anlaşma yapmadığına dair Allah adına yemin eder. Çünkü ayakkabıcı, bir dirhem borcun mest sahibinin zimmetinde bulunduğunu iddia etmekte, o ise bunu inkâr etmektedir. Yemin ettirilerek inkâr edenin sözü kabul edilir. Mest sahibi yemin ederse, ustanın bunu para karşılığı olmaksızın yaptığına dair yemin ettikten sonra, kaplamanın meste kattığı değeri öder. Çünkü mest sahibi, ayakkabıcının mestin altına yaptığı pençeyi hibe ettiğini iddia etmektedir. Ayakkabıcı bunu ikrar etse, kendisi hakkında bağlayıcı olur. Inkâr ettiğinde de yemin ettirilir. Yemin ettiğinde her iki tarafın akit hakkındaki iddiası ortadan kalkar. Ayakkabıcının kaplaması bir başkasının mülküne onun izni ile bitişmiş olduğundan, mest sahibi ayakkabıcının mülkü olan kaplamayı kendi elinde tutmanın karşılığı olarak kaplamanın bedelini öder. Ayakkabıcıya emsal ücret ödemesi gerekli olmaz. Çünkü menfaat (emek) ancak akit ve karşılıklı belirleme ile değerli olur. Halbuki meselemizde bu bulunmamaktadır. Ayn ise bizzat kendisi değerlidir.

Her iki taraf da tanık getirirse işçinin delili fazlalığı ispat etmekte olduğundan o kabul edilir.

Ayakkabıcı kendi malzemesinden kullanarak mestleri yapar, sonra da taraflar arasında ücret konusunda anlaşmazlık çıkarsa, ayakkabıcının sözü kabul edilir.

Sipariş veren kişinin yemin etmesi de gerekmez. Ancak bu kişi seçim hakkına sahiptir; dilerse ayakkabıcının belirttiği ücreti ödeyerek mestleri alır. Dilerse almaz. Çünkü açıkladığımız gibi akit her iki taraf açısından da bağlayıcı değildir. Burada üretilen şey, tamamen ayakkabıcının mülküdür. Dolayısıyla ayakkabıcı ancak sipariş verenin razı olacağı bedeli hak eder.

Bir kimse boyacıya kumaş verse, boyacı da bu kişinin isteği üzerine onu kırmızıya boyasa, sonra boyacı "Ben bunu bir dirheme boyadım." elbise sahibi de "İki dânike boyadın." dese; boyanın elbiseye kattığı değere bakılır. Eğer boyama sonucu kumaşın değeri bir dirhem veya daha fazla artmış ise, boyacı iki dânike boyamadığına dair yemin ettikten sonra, kendisine bir dirhem ödenir. Boyama sonucu kumaşın değeri iki dânik veya daha az artmış ise, kumaş sahibi boyacının iddia ettiği gibi bunu bir dirheme boyatmadığına yemin ettikten sonra iki dânik öder. Çünkü davalarda temel ilke, görünürdeki durumun desteklediği kimsenin sözünün esas alınmasıdır. Burada görünürdeki duruma göre boyacı, bir dirhemlik bir boyayı iki dânik karşılığında kullanmaz. Eğer böyle yaparsa zarar eder. Oysa o, zarar etmek için bu mesleği yapmamaktadır. Yine görünürdeki duruma göre bir insan iki dânik değerindeki bir boya için bir dirhem ödemeyi üstlenmez. Çünkü böyle yaparsa aldanmış olur. Halbuki aldanan kişi övgüye layık olmadığı gibi sevabı da hak etmez. Boyanın değeri bir dirhem veya daha fazla ise boyacı bunu alır. Çünkü görünürdeki durum kendisini desteklemektedir. Karşı tarafın iddiası konusunda yemin ettirilerek onun sözü kabul edilir. Boyanın değeri iki dânikten az ise görünürdeki durum elbise sahibini desteklediğinden diğer tarafın iddiası konusunda yemin ile birlikte onun sözü kabul edilir. Boyanın değeri iki dânikten fazla, bir dirhemden az ise boyacıya bunu iki dânike boyamadığına dair yemin ettirildikten sonra boyanın değeri ödenir.

Hanefî âlimlerimizden (rh.a.) bir kısmı bu meselede şöyle demektedirler: "Her iki taraf da yemin eder. Çünkü görünürdeki durum hiç birisini desteklememektedir. Bu nedenle her iki taraf diğerinin iddiası konusunda yemin eder. Bu mesele karı-kocanın mehrin miktarı konusunda anlaşmazlığa düşmesi konusuna kıyas edilmiştir. Eşlerin anlaşamaması durumunda, emsal mehir her iki tarafı da desteklemiyorsa, her iki eş de yemin eder."

Bana göre daha kuvvetli görüş şudur; Burada taraflar yeminleşmezler. Aksine yalnızca boyacının yemin etmesi gerekir. Çünkü karşılıklı yeminleşme ile amaçlanan şey akdin bozulmasıdır. Halbuki boya elbiseye bitiştiikten sonra akdin bozulması düşünülemez. Bu nedenle yeminleşmenin bir anlamı yoktur. Evlilik ise böyle değildir. Çünkü nikah akdi bazı nedenlerle bozulabilen bir akittir. Bizim meselemizde karşılıklı yeminleşme gerekli olmadığından, kumaş sahibi boyanın değerini ödemekle yükümlü olur. Çünkü boyanın kumaşa bitişmiş olması, onun değerinin kumaş sahibi tarafından ödenmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim gaspçı,

bir kimsenin kumaşını gaspederek boyarsa, kumaş sahibi bunu geri almak istediğinde, kendisine boyanın değerini öder. Bizim meselemizde kumaş sahibi, boyacının iki dânike razı olmasıyla boyanın değerinin bir kısmından sorumlu olmadığını iddia etmekte, boyacı ise bunu inkâr etmektedir. Bu nedenle boyacıya elbise sahibinin iddiası hakkında yemin ettirilir.

[15/95]

Boya siyah ise yemin ettirilerek kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi siyah renk, değerinde bir eksilme meydana getirir. Bu durumda iddianın görünüşünü ve inkârı ortadan kaldırmak suretiyle boyanın değerini ölçü almak mümkün olmaz. Boyacı hakkının daha fazla olduğunu iddia ederken, kumaş sahibi bunu inkâr etmektedir. Bu gerekçeye dayanarak boyacının iddiası hakkında kumaş sahibine yemin ettirilir.

Kumaş sahibi boyacıya "Sen bunu bana ücretsiz boyadın." dese, yemin ettirilerek onun sözü kabul edilir. Aynı durum kumaşın değerini düşüren bütün boyalar için geçerlidir. Kumaşın değerini artıran boyalarda ise kumaş sahibi boyacıya "Sen bunu bana ücretsiz boyadın." der. Boyacı da "Bir dirhem karşılığında boyadım." derse, her biri diğerinin iddiası hakkında yemin eder. Bu akdin bedeli hakkındaki anlaşmazlık nedeniyle olan yeminleşme değildir. Tersine boyacı kumaş sahibinin kendisine bir dirhem borçlu olduğunu iddia etmekte, kumaş sahibi ise bunu inkâr etmektedir. Bu nedenle o, yemin eder. Yine kumaş sahibi boyacının boyayı kendisine hibe ettiğini, boyanın kumaşa bitişmesiyle de hibenin tamamlandığını iddia etmekte, boyacı ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda tarafların her biri diğerinin iddiası konusunda yemin eder. Daha sonra elbise sahibi, boyanın kumaşa kattığı değeri boyacıya öder. Çünkü her birinin iddiası, diğer tarafın yemini ile ortadan kalkmıştır. Geriye başkasına ait boya, kendi izniyle elbise sahibinin kumaşında kalmıştır. Bu durumda boyanın değerini öder. Bu da bir dirhemi geçemez. Çünkü boyacı bir dirhemden fazlasını iddia etmemekte, bu iddiasıyla da bir dirhemden üzerindeki miktardan elbise sahibini aklamış (ibrâ etmiş) olmaktadır.

Elbiseleri beyazlatan kişi ile elbise sahibi, ücretin miktarında anlaşmazlığa düşseler, beyazlatıcı henüz işe başlamamışsa, taraflar yemin ederek aldıklarını geri verirler. Çünkü hizmet sözleşmesi bir çeşit satıştır. Alıcı ile satıcının bedel konusunda anlaşmazlığa düşmesi durumunda karşılıklı yemin etmeleri konusunda delil vardır. Bu delil (nass), satış çeşitlerinin tümünü kapsamaktadır. Diğer yandan karşılıklı yeminleşme, akdin bozulması yolu ile tarafların zarara uğramalarını önlemek üzere meşrû kılınmıştır. Bozma sonucunda kişi, sermayesini geri alır. Hizmet akdi de tıpkı satış akdi gibi iş yapılmadan önce bozmaya elverişli bir akitir. Bu nedenle taraflar arasında karşılıklı yemin gereklidir. Kumaşları beyazlatan kişi, işini yaptıktan sonra anlaşmazlık meydana gelmişse, kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü iş bittikten sonra akdin bozulması düşünülemez. Bu durumda

yeminleşme anlamsızdır. Beyazlatan kişi, hakkının daha fazla olduğunu iddia etmekte, kumaş sahibi bunu inkâr etmektedir. Bu durumda yemin ettirilerek kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Bu hüküm, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un prensiplerine göre sorunsuzdur. Çünkü onlara göre malın telef olması satış akdinde her iki tarafın yemin etmesine engel olur. Kira akdinde de aynı durum söz konusudur.

Muhammed (rh.a.) ise satış ile kira akdini birbirinden ayırarak şöyle demektedir: "Satım akdinde her iki tarafın yemin etmesi bir anlam ifade etmektedir. Çünkü satılan şey, kendisi değerli olan bir maldır. Dolayısıyla karşılıklı yeminleşme ile akdin sona ermesinden sonra da bu malın değerini karşı tarafa yüklemek mümkün olur. Oysa kira akdinde yararlar yalnızca akit ile değerli olmaktadır. Her iki taraf yemin etse bu yeminleşme ile akit sona erer. Çamaşırları beyazlatan kişi lehine bir şey ödenmesine de hükmedilemez. İşte bu nedenle kumaş sahibinin sözünün kabul edilmesi, beyazlatan kişi için daha yararlıdır. Bunun için karşılıklı yeminleşme yoluna gidilmez. Taraflar arasındaki anlaşmazlık, işin bir kısmı yapıldıktan sonra meydana gelirse, işin yapılan kısmında yemin ettirilerek kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Kalan kısımda da, parçayı bütüne kıyas etme prensibinden hareketle, karşılıklı yeminleşme yoluna gidilir. Çünkü kalan kısımda akdin bozulması mümkündür. Bu nedenle kalan kısımda iki tarafın yemin etmesi mümkündür. İşin biten kısmında ise karşılıklı yeminleşme imkânsızdır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) bu mesele ile şu durumu birbirinden ayırmıştır: Bir kimse iki köle satın alsa ve kölelerden birisi ölse, sonra da alıcı ile satıcı fiyat konusunda anlaşmazlığa düşseler, her iki tarafa yemin ettirilmez. Çünkü iki köle üzerinde tek bir akit yapılmıştır. Akdin konusunun bir kısmının telef olması nedeniyle bozma imkânsız duruma gelince, geri kalan kısımda da imkânsız olur. Bu meselede ise kira akdi birbirinden bağımsız akitler hükmündedir. Bunların kurulması yapılan işe göre sürekli yenilenmektedir. Kira akdinde işin bir kısmında akdin bozulmasının imkânsız duruma gelmesi geri kalan işte bozmayı engellemez.

[15/96]

Aynı şekilde işi yaptıran "Sen bana bunu ücretsiz yaptın." dese, yemin ettirilerek onun sözü kabul edilir. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi bu kişi, ücret ödemesi gerektiğini inkâr etmektedir. İbn Ebû Leylâ (rh.a.)'ya göre boyacı konusunda olduğu gibi burada da emsal ücrete kadar olan miktarda işçinin sözü kabul edilir. Biz her iki mesele arasındaki farka temas etmiştik. Şöyle ki boyama meselesinde boya kumaşta bulunan bir maldır. Bizzat değerlidir. Burada ise akitte kararlaştırmadıkça yararın herhangi bir değeri olmaz. Kumaş sahibi akitte bir ücret kararlaştırıldığını inkâr etmektedir. Yemin ettirilerek onun sözü kabul edilir.

Bir kimse, kumaş beyazlatıcı (kassâr) ile on kumaşı bir dirheme beyazlatması koşuluyla anlaşsa, fakat kassâra kumaşları göstermese, kumaşlar yanında da

bulunmasa akit geçersiz olur. Çünkü akdin konusu bilinmemektedir. Akdin konusu kassârın kendi işi ile kumaşlarda yapacağı iştir. Bu ise kumaşların uzunluk, kısalık, kalınlık, incelik, kaliteli ve kalitesiz olmasına göre değişir. Kassârın yapacağı işin değeri de buna göre artıp eksilir. Kumaşların sahibi kumaşları daha önceden kassâra göstermişse akit geçerli olur. Çünkü işin yapılacağı şeyi görmekle iş bilinir duruma gelir. Kumaş sahibi kumaşları göstermeyip yalnızca cinsini söylese akit yine geçersiz olur. Çünkü kumaşın cinsini söylemekle yapılacak işin miktarı bilinmez. Kumaş sahibi yapılacak işin miktarı belli olacak derecede kumaşların özelliğini açıklasa, kumaşları bizzat göstermiş gibi olur.

Bir kimse terziye, bir dirhem karşılığında bir gömlek dikmesi için bir kumaş verir de terzi bundan kaftan dikerse, kumaş sahibi dilerse kumaşının değerini ödettirir. Dilerse kaftanı alarak terziye emsal ücretini verir. Bu ücret akitte belirlenen ücreti aşamaz. Çünkü terzi dikme konusunda kumaş sahibine uygun davranmakla birlikte dikilen şeyin şekil ve niteliğinde aykırı davranmıştır.

Hanefî âlimlerimizden (rh.a.) kimileri şöyle demişlerdir: "Kaftan ve gömlek birbirinin aynı olmasa, bile kullanım bakımından birbirine yakındır. Bu bakımdan terzi akitle amaçlanan şeyin aslı bakımından akde aykırı davranmamıştır. Yalnızca amacı tamamlayan şey konusunda aykırı davranmıştır. Gömlek dikmek üzere verilen kumaştan, terzi pantolon dikerse kumaşı gaspetmiş olur. Ödemesi gerekir. Kumaş sahibinin seçim hakkı da yoktur. Çünkü gömlek ile pantolon arasında kullanım açısından bir yakınlık bulunmamaktadır."

Daha kuvvetli görüşe göre her iki mesele arasında fark yoktur.

Hişam'ın Muhammed (rh.a.)'den naklettiğine göre bir kimse, bir kişiye tas yapmak üzere bakır teslim etse, o kişi de bundan kulplu bir ibrik/gügüm yapsa, tasla ibrik arasında bir yakınlık bulunmadığı halde, bakırı veren seçim hakkına sahip olur. Ancak işi yapan kişi işin aslında akde uygun davranmakla birlikte şekil ve nitelik bakımından aykırı davranmıştır. Kumaştan pantolon dikilmesi durumunda da böyledir. Terzi asıl iş bakımından akde uygun, şekil bakımından aykırı davranmıştır.

Kumaş sahibi "Senden gömlek yapmanı istemiştin." terzi de "Kaftan yapmamı istedin." derse, bize göre yemin ettirilerek kumaş sahibinin sözü kabul edilir. İbn Ebû Leylâ (rh.a.) terzinin sözünün kabul edileceğini söylemiştir. Çünkü o, akde aykırı davrandığını ve kendisine tazminatın gerekli olduğunu inkâr etmektedir.

Şafii (rh.a.) şöyle der: "Her iki taraf yemin eder. Çünkü taraflar akdin konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Eğer iş yapılmadan önce bedel üzerinde anlaşmazlığa düşselerdi karşılıklı yemin ederlerdi. Akdin konusundaki anlaşmazlıkta da aynı durum söz konusudur." Ancak Şafii'nin bu görüşü söz konusu meselede anlamsızdır. Çünkü kumaş sahibi terzinin kumaşın değerini

Terzinin
kumaşı
kumaş
sahibinin
istediğinden
farklı
dikmesi

ödeme sorumluluğu bulunduğunu iddia etmekte, terzi ise bunu inkâr ederek, kumaş sahibinin zimmetinde ücretin borç olarak bulunduğunu iddia etmektedir. Bu durum hadiste yer alan karşılıklı yeminleşme konusu ile aynı gerekçeye sahip değildir. Ayrıca yeminleşmenin amacı akdi bozmaktır. İş yapıldıktan sonra akdin bozulması ise mümkün değildir. Her iki taraf da delil getirirse terzinin delili kabul edilir. Çünkü terzi aba dikilmesi konusunda kendisine izin verildiğini ve akdin konusuna uygun davrandığını iddia etmektedir. Ücret kumaş sahibinin zimmetinde olur. Taraflar ücret konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü o, fazlalığı inkâr etmektedir. Her iki taraf da delil getirirse, terzinin delili kabul edilir. Çünkü onun delili, fazlalığı ispat etmektedir.

Aynı şekilde kumaş sahibi terziye “Sen bana bunu ücretsiz diktin.” derse, kumaş beyazlatıcısı konusunda açıkladığımız hükme kıyasla, yemin ettirilerek onun sözü kabul edilir. Çünkü dikiş işi kumaşa bitişik olup kendi başına değerli değildir.

Muhammed (r.h.a.) “el-Asl”da, bu meselelerde iki tarafın herhangi bir koşul konulmadığı konusunda birleşmeleri durumunda hükmün nasıl olacağını belirtmemiştir.

“en-Nevâdir”de belirtildiğine göre; Ebû Hanîfe (r.h.a.)’ye göre terzi bu durumda ücret alamaz. Çünkü yararlar ancak bir tazminat akdi veya bedelin belirlenmesi ile değerli olurlar. Ebû Yusuf (r.h.a.)’tan nakledildiğine göre o şöyle demiştir: “Eğer bu kişi o terziye daha önceden de elbise diktirmişse istihsânen terzinin ücrete hak kazandığına hükmederim. Çünkü daha önceden aralarında bulunan diktirme işi, kumaş sahibinin terziden ücretle dikmesini istediğine delildir. Bu ücreti koşul koyma yerine geçer.” Muhammed (r.h.a.)’den nakledildiğine göre o şöyle demiştir: “Terzinin bu işi ücretle yaptığı biliniyorsa, bu işi yapmak üzere dükkân açmış ise, bu durumda akitte ücret koşul konulmuş gibi kabul edilir. Istihsânen terzinin ücret almasına hükmedilir.”

Kişi, boyacıya bir kumaş verip, onu Hâşimî ölçeğinin dörtte biri miktarındaki aspur ile bir dirhem karşılığında boyamasını ister, boyacı da kumaşı bir kafiz aspur ile boyarsa ve kumaş sahibi bunu ikrar ederse, kumaş sahibi seçim hakkına sahip olur; dilerse boyacıya kumaşın değerini ödettirir dilerse kumaşı alarak boyanın elbisenin değerine yaptığı katkırı ücretle birlikte öder.

Kumaş boyacısının kumaşa, sahibinin koşul koyduğundan fazla boya kullanması

Bu, şu anlama gelmektedir: Hâşimî ölçeğinin dörtte biri bir sa’ yapar. Bu da bir kafizin dörtte biridir. Kumaş sahibi sanki boyacıdan boyayı bol kullanmamasını istemiş, o ise bolca kullanmıştır. Bu durumda yaptığı işin aslı bakımından kumaş sahibine uymakla birlikte, işin niteliği bakımından aykırı davranmıştır. Bu nedenle kumaş sahibi seçim hakkına sahip olur. Bunun için “el-Asl”da hüküm mutlak olarak belirtilmiştir.

Hanefî âlimlerimiz (r.h.a.) şöyle demişlerdir: “Bu konuda hüküm; boyacının kumaşı önce Hâşimî ölçeğinin dörtte birine göre boyayıp sonra boyayı artırarak bir

kafîze tamamlamasına, yahut da bir defada bir kafîze boyamasına göre değişir. Boyacı kumaşı önce Hâşimi ölçüğünün dörtte biri ile boyamışsa kumaş sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse kumaşın beyaz olarak değerini ödetirir. Dilerse boyacıya elbisenin Hâşimi ölçüğünün dörtte biri ile boyanmış durumunu ödettirerek, ücretini öder. Çünkü boyacı kendisine koşul konulan işi yapmıştır. Bu noktada boyacı sanki bir açıdan boyanın kumaşa bitişmesi nedeniyle kumaş sahibine teslim etmiş sonra da teslim sona ermeden işin niteliğini değiştirmiştir. Kumaş sahibi dilerse bu değişime razı olmaz. Kumaşın beyaz olarak değerini ödetirir. Dilerse değişiklikle birlikte razı olarak kumaşın Hâşimi ölçüğünün dörtte biri ile boyanmış olarak değerini ödetirir. Boyacıya da ücretini öder. Dilerse kumaşı alır, boyacıya ücretle birlikte fazladan kullanılan dörtte üç kafîzlik aspurun elbiseye kattığı değeri öder. Çünkü boyacı, kumaşı dörtte bir kafîzle boyanmış olarak gaspedip, onu dörtte üç kafîzle boyayan gaspçıya benzemektedir.

[15/98]

Boyacı bir seferde kumaşı bir kafîz aspur ile boyarsa kumaş sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse ona kumaşının beyaz olarak değerini ödetirir. Dilerse kumaşı alarak kendisine boyanın değerini öder. Ücret ödemez. Çünkü boyacı, kendisine koşul konulan işi yapmamış, daha iş başında kendisinden istenen şeye aykırı davranmıştır. Ayrıca boyanın değerine itibar etmek gerekir. Ücrete itibar edilmez. Çünkü bunlardan biri diğerine tâbidir. İkisi bir arada bulunmaz. Görmez misin ücretin gerekli olduğu yerde boyanın değerine bakılmaz. Burada ise, elbiseye kattığı değer nedeniyle boyanın değerini ödemek gerektiği için, ücrete itibar edilmez.

Hâkim eş-Şehîd "el-Müntekâ" da bu ayrımı Ebû Yusuf (rh.a.)'tan nakletmiştir. İbn Semâa da Muhammed (rh.a.)'den şunu nakletmiştir; bir kimse boyacıya bir dirhem karşılığında bir menn⁴⁶ aspur kullanarak boyamak üzere bir kumaş verse, boyacı da bu kumaşı bir defada iki menn ile boyasa kumaş sahibi seçim hakkına sahiptir. Dilerse boyacıya kumaşın beyaz olarak değerini ödetirir. Dilerse kendisine boyanın değeri ile birlikte bir dirhem ücret verir.

İbn Semâa şöyle demektedir: "Muhammed (rh.a.)'e kumaş sahibi boyacıya niçin iki menn boyanın değerini ödemiyor? diye sordum. O, şu şekilde cevap verdi: Çünkü kumaş sahibi şöyle düşünmektedir: "Ben onu aldattım. Çünkü boyacı boyanın değeri karşılığında bir dirheme razı oldu. Halbuki boyanın değeri beş dirhem olabilir." Muhammed (rh.a.)'den yapılan bu nakil doğru ise boyacı miktara razı olduktan sonra fazlalığı ödettiremez. Bu nedenle kumaş sahibi boyanın değeri ile birlikte boyacıya ücreti verir. Ayrıca boyacı kumaşı bir defada boyamış olsa bile kumaş boyayı peyderpey çekmektedir. Akitte koşul konulan boyayı çektiğinde ücret gerekli olur. Bunun için bir defada boyaması ile iki defada boyaması eşittir.

⁴⁶ Bir ağırlık ölçü birimi. İki Irak rıtlı ağırlığında yani 260 dirhemlik bir ölçü birimi. 815.39 gr. Dört menn bir sa' dır.

Kumaş sahibi “Sen bu kumaşı çeyrek aspur ile boyadın.” derse bakılır. Eğer bu şekildeki boyama, çeyrek Hâşimi kafî ile olabilirse, bildiği yolunda yemin ettirilerek kumaş sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü görünüş onun lehine tanıklık etmektedir. Ayrıca kumaş sahibi boyanın değerini ödemesi gerektiğini inkar etmektedir. Kendisinde bildiği şey üzerine yemin etmesi istenir. Çünkü boyama başkasına ait bir fiildir. Ancak boyacı, iddiası için delil getirirse ayırdır. Böyle bir boyama aspurun dörtte biri ile yapılamayacak şekilde ise ve bu da biliniyorsa, boyacının sözü kabul edilir. Çünkü bu durumda görünüş kendisini desteklemektedir. Bu meseledeki hüküm önceki meselenin hükmü gibidir.

Bir kimse terziye “Bu kumaşa bak, eğer bundan bana bir gömlek çıkarsa bir dirhem karşılığında bana bir gömlek dik.” der ve terzi de “tamam” deyip kumaşı kestikten sonra, “Bu kumaştan sana bir gömlek çıkmaz.” derse, terzi kumaşın değerini öder. Çünkü kumaş sahibi kumaşı kesme konusundaki izni koşula bağlamıştır. Bilindiği gibi koşula bağlanan bir şey koşulun gerçekleşmesinden önce yok hükmündedir. Kumaştan bir gömlek çıkmadığında terzi bunu izinsiz olarak kesmiş olur. Başkasının kumaşını izinsiz olarak kesen onun değerini öder.

Kumaş sahibi, terziye “Bundan bana bir gömlek çıkar mı çıkmaz mı bir bak.” der ve terzi de “tamam” deyip, sonra kumaş sahibi “Haydi kumaşı kes.” dese ve terzi kumaşı kestiğinde bundan bir gömlek çıkmazsa ödemez. Çünkü terzi, kumaş sahibinin izni ile kesmiştir. “Kumaşı kes.” sözü mutlak olarak verilmiş bir izindir. Terzi, “Bundan sana bir gömlek çıkar.” demekle kumaş sahibini aldatmıştır denilemez. Çünkü yalnızca haber vermekle aldatma, bir tazminat akdi içinde bulunmazsa aldatan kişiye tazminatı gerekli kılmaz. Nitekim kişi bir kişiye “Bu yol güvenilir bir yoldur.” dese, başka bir kişi de bu yoldan gitse, hırsızlar kendisinin eşyalarını alsalar, haber veren kişiye ödeme gerekmez. İlk mesele ise böyle değildir. Çünkü orada iznin bulunmaması açıkça ifade ettiği koşul nedeniyledir. Bu meselede de kumaş sahibi koşul anlamına gelecek şekilde, “öyleyse kes” demiş olsaydı, burada da kumaş gömleğe yeterli olmayınca ödemesi gerekli olurdu. Çünkü ك harfi vasl (birleştirme) için kullanılır. Bu harf kullanıldığında kumaş sahibi kesilmeye izin verme konusunda kumaşın gömleğe yeterli gelmesini koşul koymuş gibi olur. “Öyleyse” anlamındaki اذن (izen) kelimesi de sözde daha önce yer alan ifadeye işaret etmek için kullanılır. Bu durumda kumaş sahibi sanki “Bu kumaştan bana bir gömlek çıkarsa kes.” demiş olmaktadır. Çünkü bu da bir koşuldur. Ancak kumaş sahibi cümleyi özet şekilde ifade etmiştir.

[15/99]

Bir kimse terziye bir kumaş vererek bundan kendisi için bir kaftan diktirse ve terziye “Kendi malzemeni kullanarak kaftana bir astar dik, içini de doldur. Sana şu kadar ücret vereyim.” dese bu mesele kıyasa göre, ayakkabıcıya deri vererek mest dikmesini mestin içine astar, altına da kösele yapmasını istemenin aynısıdır. Ancak istihsânen bu mesele câiz olmaz. Çünkü mestlerde cevaz, bu konudaki teâmül

nedeniyle istihsânen verilmiş bir hükümdür. Oysa kaftan konusunda böyle bir teâmül yoktur. Bu durumda asolan kıyasa göre hüküm vermek güzel görülmüştür.

Burada şöyle denilir: "Kaftan sahibi, var olmayan veya bilinmeyen bir şeyi satın almaktadır. Bu da câiz olmaz." Ayrıca bu mesele mest konusunun benzeri değildir. Çünkü astar ve kösele olmasa da mestlere mest adı verilir. Ancak astar ve tabana kösele konulunca mestler daha sağlam olur. Bu durumda ayakkabıcının yapması koşul konulan şey, işe tâbi olarak kabul edilebilir. Kaftan ve cübbe ise astar ve dolgusuz olmaz. Kişinin terziden istediği şeye, ancak koşul konulan şey ile birlikte kaftan ismi veriliyorsa, bu durumda astar ve dolgu işe tâbi olmaz. Bu akit, hakkında teâmül bulunmayan konuda yapılan bir sipariş akdi olur. Bu ise câiz değildir. Terzi, astarlı ve içi doldurulmuş bir kaftan yaparsa kullandığı astar ve dolgunun değeri kendisine ödenir. Bununla birlikte işine karşılık da ücret verilir. Bu ücret akitte dikiş için belirlenen ücretten fazla olamaz. Çünkü kaftanı yaptıran kişi, geçersiz bir akit hükmü ile terzinin emeğinden ve başkasının mülkünden yararlanmıştır. Sonuç olarak bu kişinin, kaftanı geri vermesi imkânsızdır. Bu durumda satın alınan şeyin değeri neye ulaşırsa ulaşınsın bunu ödemesi ve bunun yanında terzinin işine karşılık, emsal işçilik ücreti ödemesi gerekir. Emsal ücret akitte belirlenenden daha fazla olamaz.

Daha önceki bölümlerde Muhammed (r.h.a.)'in, "Akitte belirlenen ücreti aşamaz." sözünün yalnızca ücretle ilgili olduğunu, malzemedeki artışın kastedilmediğini savunan âlimlerimiz, Muhammed (r.h.a.)'in bu meselede söylediği yukarıdaki görüşleri delil olarak ileri sürmektedirler.

Daha doğru olan görüşe göre bu mesele ile öncekiler arasında fark olduğudur. Çünkü dolgu ve astar burada akit içinde işe tâbi değildir. Bu nedenle akit aslında geçersiz olmuştur. Bu durumda kaftan ve diğer malzemeler asıl olarak göz önünde bulundurularak, değeri neye ulaşırsa ulaşınsın ödenir. Önceki meselelerde ise mestteki astar ve kösele ile şapkadaki astar ve dolgu akitte işe tâbi kılınmışlardır. Bu nedenle akit câiz olmaktadır. İşin aslında bedel, nasıl ki akitte anılandan daha fazla olmaz ise, asla tâbi olan şeyde de aynı durum söz konusu olur.

Kişi terziye kumaş, astar ve pamuk vererek kumaştan bir cübbe kesmesini ve cübbeye pamukla dolgu yapmasını emretse ve verilecek ücreti de belirtse bu akit câiz olur. Çünkü bu kişi terziyi belirli bir iş için, belirli bir ücret karşılığında istihdam etmektedir.

Kişi, bir terziye her biri bir dirhem olmak üzere on gömlek kesmesini istese, fakat gömleklerin ebatlarını ve cinsini belirtmese, akit konusu olan işteki bilinmezlik nedeniyle akit geçerli olmaz. Çünkü terzilerin işi kumaşın cinsine ve gömleğin uzunluk ve kısalığına göre değişir. Bu kişi "Kumaş, Herat kumaşıdır. Ebatları da buna göre bilinmektedir." derse akit câiz olur. Çünkü belirtilen şeyler

ile yapılacak işin miktarı taraflar arasında anlaşmazlığa yol açmayacak şekilde bilinir duruma gelmektedir.

Kişi terziye, gömlek dikmek üzere bir kumaş verse ve bugün dikesse bir dirhem, bu gün bitiremezse yarım dirhem vermeyi koşul koysa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre o gün içinde dikesse bir dirhemi hak eder. O gün bitiremezse emsal ücret alır. Bu ücret yarım dirhemden az, bir dirhemden fazla olamaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise bu akdin koşula uygun olarak yerine getirileceğini söylemişlerdir; buna göre terzi, o gün içinde dikesse bir dirhem, o gün içinde bitiremezse, yarım dirhem alır. Züfer (rh.a.) ise akdin tümünün geçersiz olduğunu söylemiştir. Bu aynı zamanda Şafii (rh.a.)'nin de görüşüdür.

[15/100]

Sanatkârın
aldığı işi
belirtilen
zamandan
sonra
yapması

Bu meselenin bir kaç bölümü bulunmaktadır:

Birincisi: Kişi terziye "Bugün dikersen bir dirhem alırsın. Yarın dikersen hiç bir şey alamazsın." demişse, akit bütün imamların ittifakıyla geçersizdir. Çünkü bu, bir çeşit iddiaya girmek (bahistir). Bu koşulu ileri süren kişi, terzinin işi o gün yapması durumunda kendisi aleyhine bir dirhem, yapamaması durumunda kendisi lehine terzinin emeğini koşul koymaktadır. Bu, şeklen kumardır. Bu nedenle de geçersizdir. Ayrıca bu kişinin sözü, aslen şu anlama gelmektedir: "Senin dikmen karşılığında ya bir dirhem ücret vardır, yahut bir şey yoktur." Kişi bunu açık olarak söylediğinde akit geçersiz olur. Terzi akitte belirleneni aşmayacak şekilde emsal ücret hak eder. Bu mesele de böyledir.

İkincisi: Kişi terziye "Rum usulü dikersen bir dirhem, Fars usulü dikersen yarım dirhem alırsın." yahut da "Kaftan dikersen bir dirhem, gömlek dikersen yarım dirhem alırsın." derse; Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin ilk görüşüne göre bu akit geçersizdir. Bu aynı zamanda Züfer ve Şafii (rh.a.)'nin de görüşüdür. Aynı zamanda kıyas da bunu gerektirir. Ebû Hanîfe (rh.a.) daha sonra bu görüşünü terkederek her iki koşulun da câiz olduğunu söylemiştir. Bu aynı zamanda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in de görüşleridir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin ilk görüşünün dayanağı şudur; akdin konusu ve bedel, akit sırasında bilinmemektedir. Bedelli bir akitte bunlardan birindeki bilinmezlik akdi bozar. Her ikisindeki bilinmezlik ise öncelikle bozar. Nitekim bir kimse başkasına "Sana bu köleyi bin dirheme veya şu cariyeyi yüz dinara sattım." dese veya "Seni bu cariyemle yüz dirheme veya şu kızımın yüz dinara evlendirdim." der muhatap da, "Kabul ettim." derse bu akitler geçersiz olur. Çünkü kira akdi bizzat kendisi bağlayıcı bir akit. Akit sırasında işçinin yapacağı iş tam olarak belirlenmezse işçi, karşı tarafın kendisinden ne istediğini bilemez. Bu nedenle de akit geçersiz olur.

Ebû Hanîfe'nin sonraki görüşünün dayanağı ise şudur; işi yaptıran kişi işçiyi iki çeşit iş arasında serbest bırakmıştır. Bu işlerin her birisi bizzat bilinmektedir. Bunlar karşılığında anılan bedeller de belirlidir. Bu nedenle akit geçerli olur. Bu, şuna

benzer; kişi dilediğini satın alıp dilediğini geri vermek koşuluyla iki elbise satın alsa ve her birinin fiyatı belirlenmiş olsa, bu akit câiz olur. Ayrıca ücret bizzat akitle gerekli olmaz. İş ile gerekli olur. İş yapıldığında bunun karşılığında ödenecek bedel belirlidir. Aynı şekilde kira akdi, akdin konusu bakımından kendisine dayandırılan şey gibidir. İşin yapılması anında kurulmuş olur. O esnada da akdin konusunda bir bilinmezlik yoktur. Nikah ve satım akitleri böyle değildir. Çünkü bunlarda, akit yapıldığı anda bağlayıcı olarak kurulur. Bedel de bizzat akitle gerekli olur. Akdin konusu akit anında belirli olmazsa akit geçersiz olur.

Üçüncüsü: Kişi terziye "Bugün dikersen bir dirhem alırsın, yarın dikersen yarım dirhem alırsın." demişse Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ilk koşul câiz, ikincisi geçersizdir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise her iki koşul da câizdir. Kıyasa göre iki koşul da geçersizdir. Bu aynı zamanda ilk meselede olduğu gibi Züfer (rh.a.)'in görüşüdür. Görmez misin satım akdinde satıcı, alıcıya "Bedeli bir aya kadar verirsen on dirhem, iki aya kadar verirsen on beş dirhemdir." derse, bedelin belirlenmesi konusunda bir şüphe bulunduğundan akdin tümü geçersiz olur. İşte bu tereddüt nedeniyle Ebû Hanîfe (rh.a.) ikinci koşulu geçersiz olarak kabul etmiştir. İlk koşul için de aynı durum söz konusudur.

[15/101]

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) bu kısmı ikinci kısma kıyas ederek şöyle demişlerdir; bu kişi iki iş söyleyerek her biri karşılığında belirli bir bedel anmıştır. Dolayısıyla ikinci durumda olduğu gibi akit câiz olur. Çünkü kişinin yarın yapacağı iş, bugün yapacağı değildir. Kumaş sahibinin işi belirli vakitlerde yaptırmasının geçerli bir amacı bulunmaktadır. Ücret de ancak işin bitirilmesiyle gerekli olur. İşin bitmesi anında bilinmezlik bulunmamaktadır. İlk meselede ise böyle değildir. Çünkü orada kumar anlamı olduğu için akdin geçersiz olduğuna hükmettik. Bu durum bu meselede bulunmamaktadır. Çünkü işi yaptıran kişi her iki gün de ücret ödemeyi kabul etmektedir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şöyle demektedir: İş yaptıran kişi "Eğer işi bugün bitiremezsen yarım dirhem alırsın." demekle ücretin bir kısmından sorumlu olmamayı, işi hemen yapma yararının bulunmaması koşuluna bağlamıştır. Eğer "İş bugün bitiremezsen ücret alamazsın." diyerek ücretin tümünü vermemeyi bu koşula bağlamış olsaydı, akit geçerli olmazdı. Parçayı bütüne kıyas etme prensibinden hareketle ücretin bir kısmını vermemeyi koşula bağlama da bu şekilde geçerli olmaz. Ayrıca ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulmak koşula bağlanmaya elverişli değildir. Çünkü iki gün içinde yapılacak terzilik aynı niteliktedir. Burada işi yarına ertelemekle yalnızca derhal yaptırma yararı ortadan kalkmış olmaktadır. Elbiseyi Rum ve Fars usulü dikme durumu bundan farklıdır. Çünkü orada her iki usul birbirinden farklıdır. Bu, ücretin bir kısmından kurtulmayı koşula bağlama değildir. Bu nedenle kişi terziye "Elbiseyi Fars usulü dikersen ücret alamazsın." derse, bu, Fars usulü dikme konusunda geçerli bir durum olur.

Kişi terziye “Bu elbiseyi bugün bir dirheme dik.” dediğinde, terzi elbiseyi yarın dikerse, kendisine ne verilmesi gerektiği konusunda farklı rivayetler bulunmaktadır.

Bir rivayete göre akitte kararlaştırılan ücret gereklidir. Bu, “Bu elbiseyi bir dirheme dik.” ifadesi ile aynı hükme sahiptir.

Diğer bir rivayete göre bir dirhemi aşmamak üzere emsal ücret gerekir. Çünkü işin derhal yapılması karşılığında terzi bir dirhem almaya razı olmuştur. Bu gerçekleşmediğinde kendisine emsal ücret ödemek gerekir.

İlk rivayete göre Muhammed (r.h.a.) şöyle demektedir: İkinci gün için, işe karşılık iki ücret anılmış olmaktadır; bunlar da bir dirhem ile yarım dirhemdir. Bu durumda tıpkı “İşi bir veya yarım dirheme yap.” demesinde olduğu gibi akit geçersiz olur.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Elbisenin yarın dikilmesi durumunda sadece ilk ücret anılırsa, bunun gereği terziye bir dirhem verilmesidir. Kumaş sahibi bunun yanında ikinci ücreti anmakla yarın konusunda ilk koşul varken buna ikinci bir koşul eklemiştir. Bu durumda yarın dikildiğinde ücret için iki şey (tesmiye) birleşmiş olmaktadır. İlk gün ise böyle değildir. Çünkü ilk gün için yalnızca bir ücret belirlenmiştir. Bu da bir dirhemdir. Çünkü yarın dikilmesi durumunda yarım dirhem vereceğini söylemek bugünkü ücrete bir etki etmemektedir. Bu nedenledir ki kişi bir terziye “Seni yarın elbise dikmek üzere yarım dirheme ücretle tutuyorum.” dese terzi bugün dikiğinde bir ücret alamaz. Onun için ikinci koşul değil, birinci koşul geçerlidir. Rum ve Fars usulü dikme konusundaki koşullar böyle değildir. Çünkü o meselede her hangi bir iş konusunda iki ücret söylenmemiştir. Kişi “Bunu Rum usulü bir dirheme dik.” dese terzi de Fars usulü dikse akde aykırı davranmış olur.

Diğer rivayete göre Muhammed şöyle demektedir: “İlk ücretin anılmasının ikinci günde de gereği vardır. O da emsal ücrettir. Bu kişi yarım dirhemi söylemekle, belirlenen ilk ücretin etkisi devam etmekle birlikte onu değiştirmeyi istemektedir. Bu “Elbiseyi yarın dikersen bir şey alamazsın.” koşuluyla yapılan akit gibi geçersizdir. Rum ve Fars usulü dikme meselesi bundan farklıdır. Çünkü burada akitlerden birisi diğerine etki etmemektedir. Bu durumda her bir akit diğerinden farklı olmakta ve her birinde belirli bir bedel bulunmaktadır. Bu nedenle iki mesele birbirinden farklıdır.

Kişi, bir dirheme nalin (ayakkabı) satın alır ve satıcının bu nalinin tasmağını da dikmesini koşul koyarsa bu konuda insanlar arasında örf bulunduğundan istisnâen câiz olur. Akdın kendisi örfen câiz olunca, akitteki koşul örfte bulunduğundan câiz olması önceliklidir.

Kişi, bir satıcıdan on dirhem karşılığında elbise dikmesi koşuluyla bir kumaş satın alsa bu akit geçersiz olur.

[15/102]

**Ayakkabı
sipariş edip,
tasma
dikmeyi
koşul
koymak**

Çünkü bu, içinde kiralama koşul konulan bir satış akdidir. Bu bedelin bir kısmı elbisenin dikimi için olursa bu, satım akdi içinde koşul konulmuş bir kira akdi olur. Dikme karşılığında bir bedel bulunmazsa bu, satın akdi içinde koşul konulmuş bir âriyet (eğreti) verme (iâre) olur. Her ikisi de akdi bozmaktadır. Meste kösele taban yapılmasını koşul koymak da kıyasa göre böyledir. Ancak meste taban takılması koşulu örften dolayı istihsânen câiz olmaktadır. Halbuki bu meselede bir örf bulunmamaktadır. Bu nedenle burada kıyasa göre hüküm verilir.

Kişi, bir ayakkabıcıya bir çift nalın tasma ve bir çift nalın getirerek belirli bir ücret karşılığında bunlardan bir ayakkabı yapması için onu ücretle tutarsa, bu akit câiz olur. Bu kişi belirli nalın tasmalarının kullanılmasını koşul koysa ve bunları ayakkabıcıya gösterse, ayakkabıcı da buna razı olsa, daha sonra buna göre ayakkabıları dikse istihsânen yine câiz olur. Taban yapılıp yamayan mestler konusundaki hüküm de böyledir. Ancak kişi cübbe ve kaftanın işçi tarafından astarlanıp içinin doldurulmasını koşul koyarsa bu farklıdır. İki mesele arasındaki fark örf'e dayanmaktadır.

Örf durumunda olmayan konularda bazı malzemelerin işçi tarafından kullanılmasını koşul koymak

Bu meselede kişinin ayakkabıcıya nalınları ve bunların tasmalarını göstermesi koşul konulmuştur. Daha sağlam olan görüşe göre bunları göstermek koşul değildir. Arada herhangi bir anlaşmazlık kalmayacak şekilde anlattığında bu yeterli olur. Çünkü göstermesini koşul koymak bazı zorluklara neden olabilir.

Kişi, gömleğin yenini terzinin kendi malzemesinden yapmasını koşul koyarsa, bu konuda bir örf bulunmadığından bu akit geçersiz olur. Aynı şekilde inşaat ustasına tuğla ve kireci kendi malzemesinden kullanmasını koşul koyarsa bu akit de geçersiz olur.

Bu cinsten olan tüm konularda, işçinin kendisine ait belli olmayan malzemeden kullanmayı koşul koyma akdi geçersiz kılar. Ancak daha önce açıkladığımız gibi örf'e uygun olanlar bunun dışındadır. İşçi işi yaptığında, yapılan şey yaptırana ait olur. İşçi kullandığı malzemenin işe kattığı ek değer ile birlikte emsal ücretini alır. Çünkü işi yaptıran kişi satın aldığı şeyi geçersiz akit ile satın almıştır. İşçinin emeği bu kişinin mülkünün bir niteliği olduğundan geri vermesi de imkânsız duruma gelmiştir. Bu kişi geçersiz akit ile işçinin emeğinden yararlandığından işçi emsal ücreti alır.

Kumaş beyazlaştırıcısı, kumaş sahibine yanlışlıkla veya kasten başkasının kumaşını verir ve o da bunu yırtar ve dikerse kumaş sahibi, kumaşı beyazlatıcı ve yırtandan dilediğine ödettirebilir. Çünkü beyazlatıcı başka bir kişinin kumaşına ona ait olmayan birisine vermekle kusurlu davranmıştır. Kumaşı alan kişi de onu alma, kesme ve dikme konusunda kusurludur. Bu nedenle kumaş sahibi bunlardan dilediğine ödettirebilir. Beyazlatıcıya ödettirirse, o ödemeyle kumaşa sahip olur. Bu durumda kumaş kesen ve diken kişi beyazlatıcının kumaşını onun emri olmaksızın kesmiş ve dikmiş olur. Bu nedenle beyazlatıcı, onun değerini, verdiği kişiden tahsil

eder. Ona gaspçıya yapılan işlemi yapar. Kumaş sahibi bunun değerini kesene ödettirirse o kumaşın değerini beyazlatıcıdan alamaz. Çünkü bu kişi kumaşı kendi yaptığı bir fiil nedeniyle ödemiştir. Her iki durumda da bu kişi kumaşının elinde bulunan kendisine ait kumaşı alır. Çünkü o, kendisinin mülkü olup, kumaşının elinde kalmıştır. Bu nedenle onu geri alır.

Allah daha iyi bilir.

İŞÇİNİN HAK VE SORUMLULUKLARI

“Çamaşırcı⁴⁷ (kassâr) işini bitirdikten sonra kumaş onun elinde iken telef olursa, Ebû Hanîfe (rh.a.)’ye göre kendisi ücret alamaz. Fakat tazminat ödemekle de yükümlü olmaz.”

[15/103]

Bu, aynı zamanda Züfer ve Hasan b. Ziyâd (rh.a.)’in da görüşüdür.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demişlerdir: “Büyük bir yangın gibi kaçınılması mümkün olmayan durumlar dışında çamaşırcı kendi elinde telef olan elbiseyi öder.”

İşçinin,
elinde telef
olan şeyi
ödemesi

Kumaşları korumak üzere tutulan ortak işçi gibi, her türlü ortak işçide de bu görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Ortak işçi, ücrete yaptığı iş ile hak kazanan, birden fazla kişiye iş yapan işçilerdir. Bu nedenle de “ortak işçi” (ecîr-i müşterek) diye isimlendirilmiştir.

Ecîr-i müşterek
Ecîr-i Hâs

Özel işçinin (ecîr-i hâs), kendi fiili dışında elinde telef olan şeyi ödemeyeceği konusunda görüş ayrılığı yoktur. Özel işçi kendisinin yararı karşılığında ücrete hak kazanır. Bu nedenle işveren bizzat çalıştırmasa bile işçi kendisini işe hazır bulundurmamakla ücrete hak kazanır. Özel işçi, patronundan başkası için ücretle çalışma hakkına sahip değildir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)’in görüşlerinin dayandığı delil şudur; Elinde mal telef olan ortak işçi akdin gereklerine aykırı davrandığından, tıpkı kumaşı taşı vururken/çekerken yırtması durumunda olduğu gibi ödemeye yükümlü olmuştur. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Akdin konusu korumadır. Bedelli bir akit, aktin konusunun kusurdan uzak bir şekilde teslim edilmesini gerektirir. Akitle hak edilen, kusursuz olarak malın korunmasıdır. Çamaşırcının elinde bulunan kumaş çalındığında, onun kusursuz olarak korumadığı ortaya çıkar. Bu nedenle de tıpkı kumaşı beyazlatırken dövme durumunda söylediğimiz gibi; akit gereği yapması gereken kumaşı sağlam olarak sahibine teslim etme görevine aykırı davranmıştır. Kumaş yırtıldığında ödemeye yükümlü olur. Ücretle malı korumak için tutulmuş işçi ve yıkayıcı (kassâr) bakımından bu hüküm kolayca anlaşılmaktadır. Çünkü

⁴⁷ Burada çamaşırcı diye terceme edilen الْقَصَّارْ kelimesi ham bezi inceltmek ve beyazlaştırmak için su ile ıslatıp takucla döven kişi demektir.

kassâr ancak elbiseyi korumak suretiyle onun üzerinde iş yapabilir. Onun yapması gereken şey iştir. Yapılması gerekli olan bir şeyin yapılması neye bağlıysa o da gerekli olur. Bedelli akitte yapılması gereken kusur değil, kusursuzluktur. Burada akit, her ne kadar malı koruma üzerine yapılmamışsa da koruma, bedelli akit ile gerekli olan bir şeydir. Bedelli bir akitte, tıpkı satılan malın niteliklerinde olduğu gibi kusursuz olma niteliği göz önünde bulundurulur. Kaçınılması mümkün olmayan durumlar ise affedilmiştir. Nitekim kan almak üzere bir kişinin damarını yaran kişinin fiili sonucu söz konusu kişi ölse, yarıcının sorumluluğu bulunmaz. Çünkü bunlardan kaçınmak mümkün olmaz.

Kıyasa uygun olan görüş Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşüdür. Çünkü işçi, malı sahibinin yararı için, yani bu mal üzerinde iş yapmak için onun izni ile teslim almıştır. Dolayısıyla tıpkı kendisine emanet bırakılan kişi ve özel işçi gibi ödemeyle yükümlü olamaz. Çünkü tazminat, ya akit ya da telafi nedeniyle gerekli olur. Burada akit, mal üzerinde değil, iş üzerinde yapılmakta olduğundan, bu akit gereği mal, ödemeye tabi duruma gelmez. Telafi, yitirilen şey konusunda olur. Oysa burada işçi, sahibinin herhangi bir şeyini yitirtmemiştir. Tersine işçi, malı sahibinin izni ile almıştır. İşte bu gerekçeye dayanarak özel işçi ödemeyle yükümlü tutulmamaktadır. Ortak işçi için de aynı durum söz konusudur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: Burada istihâna göre hüküm verilerek özel işçinin aksine, ihtiyaten ortak işçiye telef olan malın bedeli ödettilir. Çünkü özel işçinin elindeki, mal sahibinin elinde sayılır. Çünkü özel işçi, mal sahibinin evinde, onun için çalışmaktadır. Ayrıca özel işçinin aldığı bedel, iş karşılığında alınmış değildir. Dolayısıyla orada kusurdan uzak bulunma koşul konulmamıştır.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Bu, işçi aleyhine sonuçlanan bir bakış açısidir. Bu zarar, işçiye yüklenmediği bir şeyle yükümlü tutmaktır. Halbuki din/kanun tüm tarafların çıkarlarını gözetmektedir. İşçinin çıkarını gözetmek, elindeki maldan sorumlu olmamasını gerektirir. Her iki yön birbirine eşit olduğunda şüphe ile ödeme gerekli olmaz. Diğer görüş ancak malın telef olması iş nedeniyle olduğu gibi, korumadan kaynaklandığında doğru olabilir. Halbuki malın telef olmasının korumadan kaynaklandığı düşünülemez. Ancak işçi, malı korumayı terkeder de mal zayı olursa bu durum farklıdır. Çünkü bu durumda Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre işçi malı öder. Ücrete de hak kazanamaz. Çünkü akdin konusu, işçinin kumaştaki çalışması ile meydana gelecek nitelik (vasıf)tir. Bu ise kumaşı sahibine teslim etmeden önce gerçekleşmemiştir. Bu nedenle ücrete hak kazanamaz. Özel işçi böyle değildir. Çünkü özel işçi de akit konusu, akit süresince işçinin kendisini işe hazır bulundurmasıdır (yararıdır). Bu durum vardır. Malın özel işçinin elinde telef olmasıyla ücret geçersiz olmamaktadır.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre kumaş sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse beyazlatılmış bir durumda kumaşın değerini çamaşırcıya ödetirir. Ona ücretini verir. Dilerse beyazlatılmamış durumda kumaşın değerini ödetirir. Ücret de ödemez. Çünkü akdin konusu olan şey, kumaşa bitişmekle bir açıdan teslim edilmiş olmaktadır. Ancak bu teslim tamamlanmamış, kumaşın kendisine değil, bedeline dönüşmüştür. O da kumaşın değerini ödemektir. Bu nedenle kumaş sahibi seçim hakkına sahip olur. Dilerse bu değişikliğe razı olarak işçiye kumaşın beyazlatılmış olarak değerini ödetirir. Ücretini de öder. Dilerse değişikliğe razı olmaz. Akdi bozar. Kumaşın beyaz olarak değerini ödetirir. Bu, teslim alınmadan önce değişikliğe uğrayan satılan mal gibidir, satın alan bu durumda seçim hakkına sahip olur.

Kumaş, çamaşırcının fiili sonucu, yani elbiseyi döverken telef olmuşsa, bize göre işçi kumaşı öder. Züfer (rh.a.), "Dövme, olağan sınırı geçmemişse ödeme gerekmez." demiştir.

Bu konuda Şafii (rh.a.)'den iki görüş nakledilmiştir:

Birinci görüşe göre "Kendi fiili ile olsun olmasın mal telef olduğunda öder."

İkinci görüşe göre "Onun fiili ile olsun olmasın mal telef olduğunda ödemez."

Züfer (rh.a.)'in görüşünün dayandığı delil şudur; İşçinin yaptığı, kendisine izin verilen bir iştir. Bu nedenle telef olan şey, tıpkı kumaşı dövmede yardım eden kimse ile özel işçinin durumunda olduğu gibi, ödeme gerekmez. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Kişi bu kişiyi kumaşı dövmesi için ücretle tutmuştur. Dövme, sınırları bilinebilen bir iştir. Bu da dövme yapılan aleti (tokucu) çamaşıra çok sert olmaksızın vurmaktır. İşçi, dövme işlemini bu niteliğe uygun olarak yapmıştır. Bunu yapmasına da izin verilmiştir. Kumaşın yırtılması kumaşın zayıflığından ileri gelmiştir. Bundan kaçınmak işçinin yapabileceği bir şey değildir. Bu kişi, kan almak üzere damarı yaran kişi, hacamatçı (kafanın arka kısmından kan alan) ve sünnetçi gibidir. Bilindiği gibi bunların yaptığı iş nedeniyle kişi ölse kendilerine belirttiğimiz gerekçeden dolayı ödeme gerekmez. Çünkü bedelli bir akit ile, işçinin o işi yapması ona gerekli olmuştur. Bir kişinin yapması gereken şey, onun gücünün yetmeyeceği tarzda olamaz. Mesele bu açıdan, yolda yürümek ve hedefe ok atma gibi durumlardan ayrılmaktadır. Çünkü söz konusu fiiller kişinin yapması gereken fiiller olmayıp mübah fiillerdir. Bu nedenle bunların kusursuz olması koşul konulmuştur.

Bunun delili şudur: çamaşırcının ücretle tuttuğu kişi kumaşı döver de kumaş yırtılırsa, işçinin ödemesi gerekmez. Halbuki size (karşı görüşte olanlara) göre onun ustasının ödemesi gereklidir. Eğer bu yapılmasına izin verilen bir iş ise ne ustaya ne de çırağa ödeme gerekmeliydi. Eğer yapılmasına izin verilmemiş bir iş ise malı bizzat telef edene ödeme gerekli olurdu. Durum böyle iken malı bizzat telef edenin ödeme borcu olmadığını, onun yüzünden başkasının ödeme borcu olduğunu söylemek gerçeğe çok uzaktır.

[15/105]

Bizim bu konudaki delilimiz ise şudur; Malın telef olması izin verilmeyen bir fiil sonucu olmuştur. Bu nedenle de çamaşırcı ödemeye yükümlü olur. Nitekim kişi kumaş sahibinin izni olmaksızın elbiseyi dövse de yırtsa onu öder. Bunu şöyle açıklayabiliriz: İzin, akit gereği sabittir. Akdin konusu (ma'kûdün aleyh) ise zimmette bulunan iştir. Yapılan akit bedelli bir akitir. Mutlak olan bedelli akit, tıpkı satım akdinde olduğu gibi akit konusu şeyin kusursuz olmasını gerektirir. Zimmette olan bir şey niteliği ile bilinebilir. Kusursuz olarak nitelenen bir şey kusurlu olan şeyden farklıdır. Burada akdin konusu; kumaşı süsleyen kusursuz işçilik olduğu anlaşılınca şunu söyleriz: Yırtılmış olan kusurlu kumaş akdin konusu değildir. İşçi bunu yapma konusunda izinli değildir. Mesele bu yönü ile özel işçinin durumundan ayrılmaktadır.

Hanefî âlimlerimizden (rh.a.) bir bölümü şöyle demektedir: "Özel işçi meselesinde ücret, kusursuz yapılan iş nedeniyle değil, işçinin kendisini iş için hazır bulundurması ile hak edilir. İşin kusursuz olma niteliği, bedelli aktin gereği olarak sabit olur."

Ancak bu görüş kuvvetli değildir. Çünkü her iki durumda da (hem özel hem de ortak işçi ile yapılan akitlerde) akit konusu şey yapılacak olan iştir. Bedel de yapılması istenilen şey karşılığında verilmektedir. Ancak özel işçi ile yapılan akitte kendisini iş için hazır bulundurma, bu sürenin sınırlı olması nedeniyle kendisinden zararı gidermek için bizzat çalışma yerine konmuştur. Bu, akdin amacı olan iş gerçekleştiğinde bedelin ona karşılık olmadığını göstermez. Nitekim nikah akdinde de kadının kendisini kocasına teslim etmesi nikah akdinin amacı (cinsel istifade hakkı) yerine konulmuştur. Nikah akdinden amaçlanan cinsel birleşme bulunduğu, bedel (mehir) bunun karşılığı olmuş olur.

Burada doğru olanın şu olduğu söylenebilir: Özel işçi bakımından akdin konusu onun yararları (çalışma gücü)dir. Bu nedenle bunun, süre açıklanarak bildirilmesi koşuldur. İşçinin yararları ise ayndır. Ayn, tıpkı aynın satılması durumunda olduğu gibi kusursuz veya kusurlu olmasına göre değişmez. Akdin konusunda bir kusur bulunsa bile bu, akdin konusunu içermesine engel olmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki izin, kusurlu veya kusursuz olsun işi içermektedir. Burada (ortak işçi meselesinde) akdin konusu tıpkı selem yapılan mal (müslemün fih) gibi zimmette bulunan bir iştir. Bilindiği gibi selem akdi kaliteli malı içerdiğinden, rabbû's-selem (peşin para ile veresiye mal alan kişi/müşteri) kaliteli maldaki hakkını düşürmek suretiyle kalitesize razı olmadıkça kalitesiz olan mal akdin konusu olamaz. Ortak işçi ile yapılan akitte de akdin konusu kusursuz işçilik olduğu sürece iş veren razı olmadıkça kusurlu iş, akdin konusu olamaz.

Ortak işçinin yardımcısı ile ilgili konu bundan farklıdır. Çünkü o, yaptığı işi hibe etmektedir. Hibe ise kusurdan uzak bulunmayı gerektirmez. Elbisenin yırtılması ile yapılan iş, izin verilmiş olma durumundan çıkmaz. Damarı yaran, kan

çıkaran, hacamat eden vb. kişiler de bundan farklıdır. Çünkü bunların yaptıkları işin niteliği değil, sınırları belirlidir. Çünkü bu gibi durumlar risktir. İnsanın bedeninin diğer yerlerine hastalık bulaştırmaksızın riskli bir işi yapmak insanın gücü dahilinde değildir. Halbuki kişi, bedelli akit yaparken teslim edemeyeceği değil, yalnızca teslim edebileceği şey konusunda yükümlülük altına girmektedir. Kumaşın yırtılmasından korunmak ise çamaşırcının gücü dahilinde olan bir durumdur. Ne var ki bunu sağlamak için zorlukla yüzyüze gelebilir. Ancak bu zorluk bedelli bir akitle kusursuz iş yapma borcunu yüklenmeye engel oluşturmaz.

Şu durum bunu açıklar: Yırtılma, ya kumaşın katlanması, ya ince olması veya kumaşı dövmede kullanılan âletin sertliği nedeniyle meydana gelir. Bütün bunlar bir ön araştırma ile bilinebilir. Kan aldırma sonucu insanın hastalanarak ölmesi ise yapılan işe dayanmada insanın bünyesindeki zayıflığın bir sonucudur. Bu durum önceden bilinemez.

Şu durum bunu açıklar: Kan aldırma meselesinde, kan aldırın kişinin ölmesi, işin yapılması sırasında değil, iş yapıldıktan belirli bir süre geçtikten sonra olmaktadır. Kişinin yaptığı iş ödemeye tabidir. Çünkü bunun karşılığında ödemeye tabi bir bedel bulunmaktadır. Karşılığında ödemeye tabi bir bedel bulunan şey de ödemeye tabidir. Ancak bu kişi işini bitirmekle akdin konusunu teslim etmiş olmaktadır. Kişinin ölmesi, akdi yapanın ödeme sorumluluğunun ortadan kalkmasından sonra meydana gelmiştir. Bizim meselemizde ise yırtılma işin bitmesinden sonra değil, iş sırasında olmaktadır. İşin yapılması sırasında ise teslim henüz gerçekleşmemiştir. Yapılan iş de ödemeye tabidir. Çünkü bunun karşılığında ödemeye tabi bir bedel bulunmaktadır. Ödemeye tabi şeyden doğan bir şey de ödemeye tabi olur.

[15/106]

Çamaşırcının yanında çalışan işçi ise özel işçidir. Onun açısından ücret, kendisinin yararının karşılığıdır. Bu nedenle o ödemeye yükümlü değildir. Ayrıca onun, ustası adına yaptığı iş bizzat ustası tarafından yapılmış gibidir. Kumaş ustanın elinde yırtılmış olsaydı, ödemeye yükümlü olurdu. İşçisi yırttığına da aynı durum söz konusudur.

Bunu anladıktan sonra şunu söyleriz: Kumaş sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse kumaşın, beyazlatılmış durumda değerini çamaşırcıya ödettirir, çamaşırcının ücretini öder. Dilerse kumaşın yıkanmamış değerini ödettirir. Ücret ödemez.

Bişr b. Gayyâs (rh.a.) şöyle derdi: "Bu hüküm Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in temel prensiplerine göre doğrudur.

Çünkü onlara göre çamaşırcı kumaşı ödeme yükümlülüğünü üstlenerek almıştır. Bu nedenle kumaş sahibi, çamaşırcıya kumaşın teslim anındaki beyazlatılmamış durumdaki değerini ödettirebilir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise bu hüküm yanlıştır. Çünkü ona göre çamaşırcının teslim alması emanet olarak teslim almadır. Kendisine ödemeyi gerekli kılan şey ise iştir. Dolayısıyla kumaş sahibi

çamaşırcıya beyazlatılmış olarak ödettirir. Kendisinin bu konuda seçim hakkı yoktur.”

Ancak daha sağlam olan görüş bizim belirttiğimiz görüştür. Biz “Kumaş sahibi çamaşırcıya kumaşı teslim almakla ödettirir.” demiyoruz. Bilakis o, kumaş telef edilmekle, dilerse beyazlatılmış olarak dilerse beyazlatılmamış (üzerinde işçilik yapılmamış) bir durumda ödettirir. Çünkü iş kumaşa bittiğinden bir bakıma teslim edilmiş olmaktadır. Bu iş, karşılıklı rızanın bulunması durumunda akdin konusu olabilir. Nitekim kaliteli mal yerine kalitesiz bir mal da selem akdinde karşılıklı rıza ile akdin konusu olabilir. Akdin konusu olan işte bir değişiklik meydana geldiğinde kumaş sahibi seçim hakkına sahip olur. Dilerse değişmiş bir durumda bu işe razı olur. Çamaşırcıya işçilik uygulanmış olarak kumaşın değerini ödettirir. Ona ücretini öder. Dilerse buna razı olmaz. O zaman yapılan iş, akdin konusu olmaktan çıkar. Kumaş sahibi işçilik uygulanmamış bir durumda kumaşın değerini ödettirir. İşçiye de ücret ödemez.

Kumaş telef olmaz da, sahibi onu geri almak isterse çamaşırcı ücretini alıncaya kadar elbiseyi vermeyebilir. Biz bu konuda Züfer (rh.a.)’in farklı görüşünü daha önce açıklamıştık.

Özetle söylemek gerekirse; dokumacı, beyazlatıcı, boyacı, ip bükücüsü gibi kendisine teslim edilen nesne üzerinde kalıcı bir iş yapan işçi, ücretini alıncaya kadar bu malları sahibine vermeme hakkına sahiptirler. Çünkü akdin konusu işçinin kumaş üzerinde yapacağı işçiliktir. Bu işçilik de kumaşın üzerindedir. Dolayısıyla ücreti karşılığında kumaşı vermeme hakkına sahip olur.

Hamal vb. gibi yaptığı işin eseri mal üzerinde görülmeyen ortak işçiler ise, ücreti almak için malı sahibine vermeme hakkına sahip değildirler. Çünkü bunlarda akdin konusu bizzat işin kendisidir. İş bittikten sonra akdin konusu ortada bulunmamaktadır. Bu nedenle işçi hapis hakkına sahip olamaz.

Eğer “Çamaşırcının yaptığı iş, kumaşı beyazlaştırmak değil, kumaştaki kirleri ve pislikleri gidermektir, pamuğun beyazlığı kendi aslî özelliğidir.” denilirse buna şu şekilde cevap veririz: “Evet böyledir. Ancak kir ve pislikler kumaşı kaplayıp da her tarafını kuşatınca onun beyazlık niteliği ortadan kalkmış gibi olur. Çamaşırcı yaptığı işle bu beyazlığı açığa çıkarınca beyazlatma işi onun çalışmasına dayandırılır. Dolayısıyla onun işinin eseri elbise üzerinde bulunur.

Ortak işçi, kumaşı sahibine vermez de kumaş elinde telef olursa hüküm belirttiğimiz şekilde olur. Çünkü onun kumaşı vermemesi bir hakka dayanmaktadır. Bu engelleme ödemeye tabi olmayan bir konuda ödemeyi gerekli kılamaz. Bu nedenle kumaşın sahibi istedikten sonra telef olması ile önce telef olması eşittir.

Züfer (rh.a.)’e göre bu kişinin malı vermeme hakkı yoktur. Kumaş elinde tutunca gaspçı olmuştur. Dolayısıyla kumaşın değerini öder. Kumaş sahibi, iş

tamamlanmadan önce işçinin izni olmaksızın kumaşı almak ve işçiye yaptığı işin ücretini ödemek istese, işçi işini bitirinceye kadar, kumaşı alma hakkına sahip değildir. Çünkü bu bedelli bir akit olduğundan her iki taraf açısından da bağlayıcıdır. Çamaşırcı kumaş sahibi ile yaptığı akdi bölerek, karşı tarafın izni olmaksızın işin yalnızca bir kısmını yapamayacağı gibi, kumaş sahibi de akdi bölme hakkına sahip değildir. İş tam olarak yapmak çamaşırcının borcu olduğu gibi, iş bitirinceye kadar malı elinde tutmak da onun hakkıdır. Bu nedenle sahibi, kumaşı ondan alamaz.

[15/107]

Bir kimse; belirli bir yere kadar bir malı sırtında veya bineğinde taşımak üzere bir hamal ücretle tutsa, hamal da bu malı taşısa, mal sahibi hamalla birlikte yürüsün veya yürümesin taşıma devam ederken veya hayvanın tökezlemesi sonucu eşya kırılrsa, bu konudaki hükmü şu şekilde açıklayabiliriz:

Hamal da tıpkı kassâr gibi ortak işçidir (ecîr-i müşterektir). Mal onun elinde, insanların itmesi vb. nedenlerle kendi fiili olmaksızın telef olursa; kendisine ödemenin gerekip gerekmediği konusunda daha önce açıkladığımız üzere Ebû Hanîfe (rh.a.) ile iki talebesi arasında görüş ayrılığı vardır.

**Taşıyıcının
taşıma
sırasında
telef ettiği
malı
ödemesi**

Mal, hamalın sürçmesi sonucu, onun fiili ile kırılırsa Züfer (rh.a.)'in aksine bize göre hamal malı öder. Çünkü malın telef olması onun kusuru nedeniyle meydana gelmiştir. Bu durumda bize göre malın sahibi seçim hakkına sahiptir; dilerse malın düştüğü yere kadar taşınmış durumdaki değerini ödettirir. Hamala da bu taşımanın toplam ücretteki payını verir. Dilerse hamala malın taşınmamış durumdaki değerini ödettirir. Ücret vermez. Çünkü mal sahibi hamal ile birlikte yürüyorsa iş kendisine teslim edilmiş sayılır. Bu durumda, verilen hükümde bir sorun yoktur. Mal sahibi hamalın yanında bulunmadığında da böyledir. Çünkü taşıma işi mal sahibinin malına bittiğinde o, hamalın işini teslim almış olmaktadır. Ancak iş, teslim tamamlanmadan önce değiştiği için seçim hakkı olur.

Ebû Bekr er-Râzî (rh.a.) şöyle demiştir: "Mal sahibinin amacı malın tümünü, belirlenen bölgeye taşımak olduğundan, malın yolda kırılması ile akit, amaçlanan şey bakımından bölünmüştür. Çünkü mal sahibinin amacı, malın ancak ihtiyaç duyulan yere kadar taşınması ile yerine gelir. Taşıma sırasında malın kırılması ile akdin konusu ortadan kalktığından kalan kısım için akit kendiliğinden bozulur. Bundan anlaşılmaktadır ki akit bölünmüştür. Bu durumda mal sahibi dilerse bu bölünmeye razı olur. Elde ettiği emek hakkında aktin varlığını devam ettirir. Hamala, taşıdığı kadarlık taşıma ücretini verir. Dilerse bundan kaçınarak akdin bütünü bozar. Hamala da malın taşınmamış durumdaki değerini ödettirir. Ücret de ödemez. Bu nedenle seçim hakkı mal sahibine aittir."

Mal, yolun yarısında hamalın etkisinin dışındaki bir nedenle telef olursa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre onun herhangi bir şeyi ödemesi gerekmez. Akitte kararlaştırılan ücretin yarısını da hak eder. Daha önce açıklanan kassârın işi bundan

farklıdır. Çünkü bu meselede akit konusu teslim edilmiş olmaktadır. Bu nedenle de hamal, işini bitirdiğinde malı elinde tutma hakkına sahip olmaz. Hamal bu hükümde özel işçi gibidir. Çamaşırcı ise böyle değildir. Çünkü o, işi yaptığında teslim gerçekleşmiş olmamaktadır. Ücreti almak için onun, malı elinde tutma hakkına sahip olması da bunu göstermektedir.

İki mesele arasındaki bu ayrım Ebû Bekr er-Râzî'nin önceki meseleye bakış yolunu zayıflatmaktadır. Bu açıklamalardan anlaşılmaktadır ki doğru olan görüş bizim daha önce belirttiğimiz gibi akdin konusu asıldan bedele geçtiği ve akdi bozma konusunda bedel aslın yerini aldığı için, mal sahibi lehine seçim hakkının sabit olmasıdır. Öyleki bu konuda bedel, yani ödeme gerekli olmadığından hamalın yaptığı iş açısından akdi bozmak mümkün olmaz. Dolayısıyla o, taşıma miktarınca ücret almayı hak etmektedir.

**Taşıyıcının
ücreti hak
etme
zamanı**

[15/108]

Ebû Hanîfe (rh.a.) daha önceden şöyle derdi. Mekke'ye kadar gitmek üzere binek hayvanı kiralayan bir kişi Mekke'den dönünceye kadar kira bedelinden hiç bir şeyi ödemez. Aynı şekilde başkalarına ait yükü kendi sırtında, hayvanında veya gemisinde taşıyan kişi hakkında da Ebû Hanîfe aynı hükmü kabul etmekteydi. Daha sonra bu görüşünü terkederek şunları söylemiştir: "Taşıyıcı belirli bir ücreti bulunan her bir merhaleyi katettikçe buraya kadarki ücreti hak eder. Bu ücreti alabilir." Bu, aynı zamanda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in de görüşüdür. Bu konuda ücretin para, kumaş, köle vb. olması arasında bir fark yoktur.

**Kira ve iş
akdinde
ücretin
ödenme
şekli**

Bu meselenin temeli şu konuya dayanmaktadır: Bize göre kira ve iş akindinde ücret ister belli bir mal olsun ister para olsun, bizzat akitle gerekli olmaz. Dolayısıyla kiralayanın bunu akit gereği olarak teslim etmesi gerekmez.

Kira akindinde ücret ancak üç şeyle hak edilir:

**Kiralayanın
kira bedelini
hak etme
çeşitleri**

- 1- Kiracının kendisinin peşin vermesi,
- 2- Peşin vermeyi koşul koymak,
- 3- Ücret karşılığı olan yararı almış olmak,

Şafii (rh.a.)'ye göre ise ücret bizzat akitle gerekli olur. Kiralanan ev ya da hayvanın kiracıya teslim edilmesi ile ücreti de teslim etmek gerekli olur. Onun bu konudaki delili şudur; Kira, bedelli bir sözleşmedir. Herhangi bir kayıt konulmaksızın yapıldığında, tıpkı satım ve nikah sözleşmeleri gibi bizzat akit ile bedele sahip olmayı gerektirir. Çünkü kira sözleşmesinde, akdin konusu yarardır. Bir maldan (ayn'dan) elde edilen yarar da o mal hükmündedir. Mal için yapılan sözleşmede, bizzat sözleşme nedeniyle bedele sahip olunduğu gibi maldan elde edilecek yarar için yapılan sözleşmede de aynı durum söz konusudur.

Maldan elde edilecek yararın, mal hükmünde olduğunun delili; sonradan ödenecek ücret karşılığında kiralamanın geçerli oluşudur. Ayn olmayan şey borçtur (deyndir). Borcun borçla değiştirilmesi ise din tarafından haram kılınmıştır. Çünkü

sözleşme sırasında her ne kadar yarar gerçekte yoksa da sözleşmenin geçerli ve bağlayıcı oluşu göstermektedir ki o, hükmen var sayılmaktadır. Var olmayan bir şey üzerine yapılan bedelli akit kurulmuş olmadığı gibi bağlayıcı da olmaz. İnsanların ihtiyacı nedeniyle din, gerçekte var olmayan bir şeyi hükmen var sayma yetkisine sahiptir. Nitekim ana rahminde bulunan cenîn, canlı olmadığı halde, mirasçı olma, özgür kılınma ve vasiyet konularında hükmen var sayılmıştır. Yine gerçekte hayatta olan, dârülharbe sığınan mürtedi (İslamdan çıkmış kişiyi) hükmen ölü saymıştır. Bir şey hükmen var olduğunda gerçekte var olan şeylere katılır. Sözleşmeyle o şeye sahip olunur. Yarara akitle hükmen sahip olunduğu gibi, evin teslimi ile de teslim edilmiş sayılır. Nitekim kiracının bu evi (aksine koşul konulmamışsa) başkasına kiraya verebilmesi bunu göstermektedir. Yine bir kimse iki ev kiralasa ve bu evlerden birisi teslimden sonra yıkılsa, akit tamamlandıktan sonra bölüneceği için kiracı diğer evi de geri verme hakkına sahip olamaz. Teslim almadan önce evlerden biri yıkılırsa diğerini geri verebilir.

Bir kimse bir kadınla, (mehir olarak) kadının belirli bir evde bir yıl oturma hakkına sahip olması koşuluyla evlense ve kadına evi teslim etse, kadın kendisini kocasına teslim etmeme hakkına sahip olamaz. Çünkü yararı teslim almıştır. Ancak ev, kendisine teslim edilmeden önce kadın kocasına kendisini teslim etmeyebilir. Evin yıkılması meselesi bu konuya girmez. Çünkü yarar, kiracının ödeme yükümlülüğünde iken telef olmamaktadır. Çünkü kira süresi içinde yararın meydana gelmesi durumu bulunduğu için biz yararı, var olup teslim edilmiş gibi kabul ettik. Halbuki evin yıkılması ile bu durum ortadan kalkmıştır. Bu, şuna benzer; Biz ana rahmindeki cenîni, dünyaya gelmesi yakın olduğu için hayatta gibi kabul ediyoruz. Ancak cenin ölü doğunca, onu var olarak kabul etmemizi gerektiren durum ortadan kalktığı için özgür olma, mirasçı olma ve lehine vasiyet yapılması gibi hükümler de geçersiz olur.

Bunun delili şudur; Kira akdinde ücretin peşin ödenmesi koşul konulduğunda, ücret, kiraya verenin mülkü olur. Mutlak yapılan akdin gereği ücret üzerindeki mülkiyetin gecikmesi olsaydı veya yarar hükmen var olarak kabul edilmeseydi, gelecekteki bir vakte dayandırılan kira akdinde koşul nedeniyle ücret gerekli olmazdı. Ayrıca burada en çok şu söylenebilir: Kira akdinde evin kendisi, akdin gerçekleşmesi bakımından bizzat akdin konusu olan yarar yerine konmaktadır. Selem akdinde olduğu gibi bedele sahip olma konusunda da aynı durum söz konusudur. Nitekim selem akdinde, akdin kurulması için zimmet, akdin konusunun yerine konmuştur. Bu ise bizzat akitle bedele sahip olmayı gerektirir.

[15/109]

Bizim bu konudaki delillerimiz ise şunlardır:

Kira akdi bedelli bir akitir. Bu nedenle, tıpkı satım akdinde olduğu gibi sahip olma ve teslim konusunda bedellerin karşılıklı olma koşulu vardır. Bedellerden birisi olan yarara bizzat akitle sahip olunmadığı gibi ücret için de aynı durum söz

konusudur. Çünkü akdin konusu olan yarar bizzat bulunmamaktadır. Halbuki sahip olma (milkiyet) var olan şeyler hakkında söz konusu olan bir özelliktir. Var olmayan bir şey ancak var olmamakla nitelendirilebilir. Sahip olma kudretinden ibarettir. Oysa bu durum var olmayan şey hakkında söz konusu olmamaktadır. Kiracı, akdin konusu olan şeye (yarara) derhal sahip olamadığı halde kiraya veren bedele derhal sahip olsa, ona karşılıksız olarak sahip olmuş olur. Oysa bu, bedelli akitlerin özelliklerine uygun değildir. Yarar meydana geldiğinde de, o bedelli bir akitle bedelsiz olarak elde edilmiş olur. Çünkü kiraya veren kişi bedele daha önce sahip olmuştur. Kiraya verenin bedele önceden sahip olması, kiracının yarara sonradan sahip olmasının karşılığı olamaz.

“Kira akdi süresince meydana gelen yararlar, akit anında hükmen var gibi kabul edilir.” demenin bir dayanağı yoktur. Çünkü bir şeyin gerçekte varlığı düşünülebiliyorsa, o şey o zaman hükmen var kabul edilebilir. Nitekim onların (Şafîîlerin) delil olarak ileri sürdüğü mesele de bunu göstermektedir. Şöyle ki; sağ olan bir kişi için ölüm ve ölü olanın (yani ceninin) hayat sahibi olması düşünülebilir. Oysa akit sürecinde meydana gelecek yararların akit anında tümüyle var gibi düşünülmesi mümkün değildir. Bu nedenle hükmen var olarak kabul edilemez. Kira akdinin geçerli bir akit oluşu, yararların hükmen var kabul edilmesi itibarıyla değildir. Gerçekten var olan yarar üzerine akit yapmak mümkün değilken, bu görüş nasıl ileri sürülebilir? Çünkü yararlar iki ardışık vakitte varlığını koruyamayan durumlardır. Akit hükmü ile yararların teslim edilmesi yararın meydana gelmesinin hemen ardından gerçekleşir. Gerçekten var olan parça ise devam etmemektedir ki akdin yapılmasının ardından teslim edilsin. Akit hükmü ile teslim edilmesi düşünülmemeyen şey, bedelli akitlere mahal (konu) olamaz. Biz bu yararları gerçekten var olarak kabul etsek, bunlar üzerine akit yapılamaz.

Bundan anlaşılmaktadır ki kira akdinin geçerli olması, karşı görüş sahibinin (Şafîî'nin) dediği yoldan olmamaktadır. Aksine kira akdinin geçerli olması şu iki yoldan biri ile olmaktadır;

a- Kendisinden yararlanılan evi, îcabın (teklifin) geçerliliği bakımından evden elde edilecek yarar yerine koymak. Kira akdinin kurulması, akdin konusu (yarar) hakkında meydana gelme zamanına dayandırılmış akit hükmünde olur. “Kira akdi birbirinden farklı akitler hükmünde olup, meydana gelen yararlar göre sürekli yenilenmektedir.” derken kastettiğimiz de budur. Çünkü yararların meydana gelmesinden sonra icapta (teklifte) bulunma gerçekleşmez. İcaptan sonra aktin kurulması hükmü, akdin konusu olan şey bakımından gecikebilir. Nitekim bir zamana dayandırılan boşama ve özgür etme, karşı görüş sahibinin kabul ettiği üzere vasiyet ve müzâraa (ziraatçılık ortaklığı), ittifakla kabul edilen mudârebe akitlerinde, belirttiğimiz bu durum söz konusudur.

b- Yararın gerçekleşmesinden sonra icapta bulunmak imkânsız duruma geldiğinden, akdin kurulmasında kolaylık olması için dinen akit anında yararların var olması zorunluluğu kaldırılmıştır. Akdin kurulması için, kiralanan maldan yararlanılabilmesi özelliğine bağlı olarak yararların meydana gelme olasılığının bulunması yeterli sayılmıştır. Bu, şuna benzer; bir kişi süt emen küçük bir kız çocuğu ile nikah akdi yapsa, akit konusu olan cinsel birleşme hakkına sahip olmanın ileride var olması olasılığı bizzat var gibi kabul edilerek yapılan akit geçerli olur.

Her iki yolda da birşeyin başka bir şey yerine konması zarûret yoluyla olmaktadır. Dolayısıyla hükümde zarûret ölçüsünde belirlenir. Halbuki akit ile bedele sahip olma konusunda bir zaruret bulunmamaktadır. Çünkü sahip olma nedenin (akdin) hükmüdür. Hüküm nedenden sonra gelebilir. Koşul olan, nedenin hükümsüz olmamasıdır. Hükmün nedene bitişik olması ise koşul değildir. Bedele sahip olma hükmünde bir zaruret bulunmadığından biz bu konuda asla, yani bedele karşılık olan şeyin var olmasına kadar bedelin de gecikmesine itibar ettik.

[15/110]

Bunun delili şudur; evin tesliminden önce ücreti teslim etmek gerekli değildir. Yarar, ayn gibi kabul edilseydi, tıpkı ayn'ın satışında bedelin (semenin) teslim edilmesinde olduğu gibi burada da kiracının ücreti önce teslim etmesi gerekirdi. "Yarar deyndir (borçtur)" denilemez. Çünkü borç zimmette bulunur. Oysa kiraya veren kişi yararı teslim etmeyi kendi zimmetinde yüklenmemektedir. Öyleyse bunu nasıl söyleyebiliriz? Yararlanma, kira veya iş akdi sırasında yoktur. Deyn (zimmet borcu) ise kendisinin bulunduğu konunun var olması ile var hükmünde olur. Bu nedenle selem akdinde sipariş edilen malın (müslemün fih'in) bizzat akit ile rabbü's-selemin (alıcı) mülkiyetine geçtiğine hükmettik. Onun bedelini de satıcının (müslemün ileyh'in) mülkü kabul ettik. Bu nedenledir ki selem yapan kişinin (rabbu's-selem'in) bizzat akit ile bedeli ödemesi gerekli olur. Nikah meselesi böyle değildir. Çünkü nikahta akdin konusu ayn'dır. Nikahta mülkiyet (tarafaların birbirlerinin cinselliğinden yararlanma hakları) nedenden (akitten) sonra olamaz. Bu zorunluluk nedeniyle biz mülkiyet hükmü bakımından akit sırasında akdin konusunu var olarak kabul ettik.

Kiraya veren kişi ücretin peşin verilmesini koşul koyarsa bu konu hakkında şunları söyleriz: Kiraya verenin akit yapılıncaya ücrete sahip olamaması, kayıtsız (mutlak) olarak yapılan bedelli aktin bir gereğidir. Bu, koşul koymaya bağlı olarak değişebilen bir hükümdür. Nitekim kayıtsız olarak yapılan satım akdi malın mülkiyetinin bizzat akit ile alıcıya geçmesini gerektirir. Ancak muhayyerlik koşul konulduğunda bu gecikir. Yine mutlak (kayıtsız) olarak yapılan bir satım akdi bizzat akitle bedelin teslim edilmesini gerektirir. Ancak veresiye olması koşul konulduğunda bedelin teslim edilmesi gecikir. İlerideki bir zamana dayandırılan (falan tarihten itibaren demek gibi) kira akdi bu meseleden farklıdır. Çünkü o

**Kira bedelinin
veya ücretin
peşin verilmesini
koşul koymak**

durumda bedel üzerinde mülkiyetin sabit olmaması akdin gereği olarak değil, akdi gelecek zamana dayandırmanın açık olarak ifade edilmesi nedeniyle. Bir süreye bağlanan şey, o sürenin gelmesinden önce var olmaz. Bu gerekçe koşul koymakla da değişmez.

**Kiracının kirayı
koşul
konulmaksızın
peşin ödemesi**

Kira bedelinin peşin ödenmesinin koşul konulması durumunda, kiraya veren buna bizzat akitle sahip olacağı gibi, koşul konulmaksızın kiracının peşin ödemesi durumunda da kiraya veren, bu bedele sahip olur. Çünkü bu, bedelin peşin ödenmesini koşul koymadan daha öte bir durumdur. Çünkü mülkiyet teslim alma (kabz) ile sabit olur. Hibe akdinde olduğu gibi bizzat akitle sahip olunamayan şeylere sahip olma konusunda teslim almanın bir etkisi vardır. Gelecek zamana ait bulunan hanımın nafakası da, bizzat akitle elde edilmediği durumda eşin bunu teslim almasıyla onun mülkiyetine geçer.

Kiraya veren kişinin bedele sahip olması konusunda bir zaruret bulunmadığı gibi kiralananı teslim konusunda da (hemen olacak diye) bir zaruret yoktur. Çünkü teslim, akitten sonra olabilir. Bu durumda kişi evi teslim etmekle yararları da teslim etmiş olmaz. Çünkü bedelli bir akitte teslimin fonksiyonu ödeme yükümlülüğünün el değiştirmesidir. Evin ödeme yükümlülüğünün kiracıya geçmemesi göstermektedir ki ev sahibi yararları teslim etmemiştir. Kiracının ev üzerinde, diğerinin tasarrufunun câiz olacağı bir biçimde tasarrufta bulunabilmesi, yararların gerçekten meydana gelmesi durumunda onlar üzerinde tasarrufta bulunmasının imkânsız olması nedeniyle. Aktin bölünmesi konusunda da aynı durum söz konusudur. Evi teslim alma sırasında yararın gerçekten var olması mümkün değildir. Bu nedenle evin kendisi yarar yerine konulur. Nitekim tasarruf hükmü ve yararı mehir olarak belirlemenin geçerli olması gibi konularda da ayn'ın kendisi yarar yerine konmaktadır. Çünkü akitte kararlaştırılan bedele bizzat akitle sahip olmak akdin geçerliliğinin zorunluluklarından değildir. Bize göre nikah akdi bu açıdan satım akdi hükmündedir. Bu nedenledir ki bir kimse başkasının kölesini mehir verme koşuluyla bir kadınla evlense, bunun mehir olarak belirlenmesi geçerli olur. Koca bu köleye sahip oluncaya kadar kadının mehre sahip olması gecikir. Mehrin evde oturma hakkı olması durumunda, yalnızca evin teslim edilmesi, kadının kendisini kocasına teslim etmeme hakkının düşmesi konusunda geçerlidir. Çünkü kadın buna kendisi razı olmuştur. Kadın evden elde edilecek yararların bir anda meydana gelmeyeceğini bilerek, zaman içinde evden elde edilecek yararların mehir olmasını kabul edince, evin, yararları onun elinde iken meydana gelmek üzere kendisine teslim edilmesi ile kendisini kocasına teslim etmeme hakkının düşmesine razı olmuş olur. Bu, kadının taksitle ödenecek olan bir mehir karşılığında evlenmesine benzermektedir.

**Bir kadının,
kocasının
evinde
oturma
hakkını
mehir kabul
ederek
evlenmesi**

[15/111]

Ebû Hanîfe (r.h.a.) daha önceden Mekke'ye kadar binek hayvanı kiralama konusunda: "Kiralayan kişi Mekke'den dönünceye kadar hayvan sahibine hiç bir

şey vermez.” derdi. Bu aynı zamanda Züfer (rh.a.)’in de görüşüdür. Bunun delili şudur; kiralayan kişinin amacı ancak bununla gerçekleşmektedir. Ücretin teslim edilmesinin gerekli olması da amacın gerçekleşmesinden sonradır. Nitekim kişi bir elbise dikmek üzere bir terziyi ücretle tutsa, iş bitinceye kadar ücret ödemesi gerekmez.

Ebû Hanîfe daha sonra bu görüşünden dönerek şöyle demiştir: “Belirli bir ücreti bulunan bir yolu gittiğinde, kiraya veren kişi bu kısmın ücretini alabilir.” Bu, aynı zamanda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)’in de görüşüdür. Çünkü kiracı bu miktarda yararı/işi teslim almış olmaktadır. Ücretin teslimi, ona karşılık olan şeyin teslim edilmesi anında gerekli olur. Kıyasa göre hayvan kiralayan kişi, bir adım bile olsa yol gittiğinde buna karşılık olan ücreti ödemesi gerekli olur. Ancak bu miktar bilinemez. Biz, kıyası esas aldığımızda bütün zamanımız bunu hesaplamakla geçer. Başka bir işle uğraşmaya vakit kalmaz. Hatta kişi her an teslim aldığı yararın ücretini ödemekle uğraşır. Onun için bu uzak bir görüştür.

Bir yere gidip gelmek için kiralanan hayvanın ücreti

Kerhî (rh.a.) şöyle der: “Kişi her bir merhale katettikçe bunun ücretini öder.”

Ebû Yusuf (rh.a.)’tan rivayet edildiğine göre o şöyle demiştir: Kiralayan kişi yolun üçte birini gittiğinde hayvan sahibi, ücretin bu kısmını ister. Çünkü yolun bu kadarlık kısmı için kişi bir hayvan kiralayıp daha sonra başka bir hayvana geçebilir.

Buna göre, bir kimse belirli bir süre için bir ev kiralasa, Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin ilk görüşüne göre süre dolmadıkça ücretin teslimi gerekmez. Diğer görüşe göre ise ücretten belirli bir paya sahip bir süre geçtiğinde, kiracının bu miktarda ücreti teslim etmesi gerekir. Kerhî (rh.a.) bu süreyi bir gün olarak belirlemiştir. Ücretin tümünü peşin verirse bu da câiz olur. Çünkü o, faziletli bir iş yapmış ve ücreti, ödemesi gerekli olmadan önce ödemiştir. Bu kişi, vadeli olan borcunu peşin ödeyen kişiye benzer. Kiracı peşin olarak verdiği ücretten hiç bir şeyi geri alamaz. Çünkü akdin kurulmasından sonra kiracı, bu ücreti karşı tarafın teslim alması ile devir (temlik) etmiştir. Akit devam ederken bunu geri alamaz.

Kiracı akitte, belirlenen yerden dönünceye veya süre doluncaya kadar ücreti teslim etmemeyi koşul koyarsa bu câiz olur. Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin ilk görüşüne göre bu koşul, akdin gereğine uygundur. Sonraki görüşüne göre bu ücreti ödemedede, vâde koşul koymaktır. Ücret, satım akdindeki bedele kıyas edilir. Bedel, deyn (zimmeth borcu) olduğunda onda süre konulabilir. Ücret, ayn (belirli bir mal) olduğunda ise onu vadelendirmek câiz olmaz.

Kiraya veren, kiracıyı ücretin tümünden aklasa (ibrâ etse) veya ücreti ona bağışlasa (hibe etse); ücret para ise Ebû Yusuf (rh.a.)’un sonraki görüşüne göre vâde geçerli olmaz. Önceki görüşüne göre ise geçerli olur. Bu, aynı zamanda Muhammed (rh.a.)’in de görüşüdür. Ancak bu koşul ile kira akdi geçersiz olmaz. Ücret ayn ise diğer taraf kabul etmedikçe erteleme câiz olmaz. Diğer taraf kabul ederse, kira akdi geçersiz olur. Çünkü ücret ayn olduğunda mebi’ (satılan mal)

Kira sözleşmesinde ücretten ibrah etme

hükümünde olur. Alıcı, teslim almadan önce malı satıcıya bağışlasa karşı taraf kabul etmedikçe, bağış geçerli olmaz. Kabul ettiğinde ise satım akdi bozulur.

Hanefî âlimlerimizden (rh.a.) bir kısmı, ücret deyn olduğunda Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşü ile Muhammed (rh.a.)'in görüşüne göre ücretin akitle birlikte vadeli olacağını söylemişlerdir. Vâdeli olan borçtan ibrâ etmek de doğrudur. Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre ücret ayn olsun deyn (borç) olsun bizzat akitle gerekli olmaz. Borcu ödeme gerekli duruma gelmeden önce borçtan aklamak (ibrâ etmek) geçerli olmaz. Para cinsinden olan malların birbiri karşılığında satımı (sarf akdi) konusundaki meseleyi de bu prensibe dayandırmışlardır. Ancak bu âlimlerin kabul ettiği görüş Muhammed (rh.a.)'den açık olarak rivayet edilmemiştir. Muhammed (rh.a.) "*el-Câmi*" adlı eserde; konu ile ilgili meseleleri "Ücret ayn olsun deyn olsun bizzat akitle gerekmez." prensibine dayandırmıştır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşünün dayandığı delil şudur; ücretin gerekli olma nedeni akittir. O da kurulmuştur. Ancak ücretin gerekli oluşu, ona karşılık olan şeyin (yararın) gecikmesi nedeniyle gecikmektedir. Hulû'da⁴⁸ koşul konulan iddet nafakasından ibrâ meselesinde olduğu gibi ödemenin gerekli oluş nedeni bulunduktan sonra ibrâ etmek geçerlidir. Çünkü gerekli olan şeyi ödemenin câiz olmasında nedene itibar edildiği ve neden vücûbun yerine konduğu için nafakayı düşürme konusunda da aynı durum söz konusu olur.

Ebû Yusuf'un sonraki görüşünün dayandığı delil şudur; ibrâ bir iskattır (alacağı düşürmektir). Ödenmesi gerekli duruma gelmeyen şeyi iskat etmek ise mümkün değildir. Hibe temlikdir (bir şeyi birisinin mülkiyetine geçirmek), sahip olunmayan şeyi temlik ise geçerli değildir. Ibrâ câiz olup akit devam etseydi, kiralayan kişi yararı aldığı anda buna bedelsiz olarak sahip olmuş olurdu. Oysa bu, kira akdinin gereklerine aykırıdır. Bu, âriyet (iyreti verme)in hükmüdür. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) arasında, yarar elde edilmeden önce ücretin bir kısmında ibrâ yapmanın geçerli olduğu konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Çünkü bu, ücrette indirim yapmak gibidir. Akdin aslına katılır. Sanki başlangıçta akit bu ücret üzerinden yapılmış gibi olur.

Kiracı, ödeyeceği kira bedeline karşılık kiralayan kişiye mal satsa ve bunu teslim etse akit geçerli olur. Çünkü satın alma, ona dayandırılan borca bağlı olmaz. Aksine zimmette onun benzeri borca bağlanır. Görmez misin bir kimse alacaklı olduğunu zannettiği kişiden bu alacak karşılığında bir şey satın alsa, daha sonra taraflar ortada alacağın bulunmadığında görüş birliğine varsalar, yapılan satım akdi geçerli olmaya devam eder. Üzerinde olduğumuz meselede her iki taraf, ücretin bizzat akitle gerekli olmadığını bildikleri halde ücreti takas etmede ittifak etseler, ücretin peşin verilmesi konusunda anlaşma yaptıkları kabul edilir. Her iki tarafın

Kiracının kira
bedeline
karşılık
kiralayana mal
satması

⁴⁸ Kadının, bir mal veya mehirden vazgeçme karşılığı, boşanması.

amacını gerçekleştirmek için, bu durumun onların sözlerinde gizli olarak yer aldığı kabul edilir. Nitekim bir kimse başka bir kişiye “Köleni bin dirheme benim adıma özgür kıl.” dese, her iki tarafın amacını gerçekleştirmek için bu sözün altında kölenin temlik edilmesi anlamının bulunduğu kabul edilir. Bu meselede de ücret ile satış bedeli bu yolla takas olur. Satıcı bedeli almak için malı hapsedme hakkına sahip olmaz. Kiraya veren kişi bir özür nedeniyle yararı karşı tarafa teslim edemezse kiracı sattığı malın kendisini değil, onun bedelini alır. Çünkü kiraya veren ücreti takas yolu ile aldıktan sonra kira akdinin bozulması ile aldığını geri vermesi gerekli olmuştur. Nitekim kiraya veren kişi ücreti gerçekten teslim almış olsaydı, yararın teslim edilememesi durumunda ücreti kiracıya geri vermesi gerekirdi. Yahut da kira akdi bozulunca ücretin gerekli olmadığı ve takasın yapılmayacağı ortaya çıkmış olur. Ancak asıl satış akdi, alıcının zimmetindeki bedel karşılığında geçerli olmaya devam eder. Ondan bedeli ödemesi istenir.

Malı kiraya tutan kişi, mal sahibine kira bedeli olarak belirlenen dirhem karşılığında dinar satsa ve bunları onu henüz kira konusu maldan yararlanmadan önce teslim etse, Ebû Yusuf (r.h.a.)’un ilk görüşü ve Muhammed (r.h.a.)’e göre bu câiz olur. Ebû Yusuf (r.h.a.)’un sonraki görüşüne göre taraflar iş yapılmadan önce birbirinden ayrıldığında böyle bir sarf geçersiz olur. Ebû Yusuf (r.h.a.)’un ilk görüşüne göre iki taraf sarf akdini ücrete dayandırdıklarında bununla takas yapmayı amaçlamışlardır. Onların bu amaçları ancak ödemenin peşin yapılmasının koşul konulması ile gerçekleşebilir. Onların amaçlarını gerçekleştirmek için önce bu yapılır. Diğer yandan sözün altında yatan anlam, açık olarak ifade edilmiş gibidir. Kiracı ödemenin peşin olmasını açıkça koşul koysa daha sonra dirhemi dinar karşılığında satsa ve bunları teslim alsaydı yapılan akit tarafların ayrılması ile geçersiz olmazdı. Her iki taraf açısından bu husus dolayısıyla sabit olduğunda da aynı durum söz konusu olur. Bu mesele, satın alma konusunun benzeridir.

Kira bedeline karşılık farklı para satılması

Bunun delili şudur; Bir kimse başkası adına onun emri ile on dirhemlik borca kefil olsa ve kefil, borcu ödemediği önce, bu on dirhemi kefil olduğu kişiye bir dinara satsa bu câizdir. Çünkü borcu henüz ödemediği için lehine kefil olduğu kişide alacağı bulunmasa bile, neden vardır.

Ebû Yusuf (r.h.a.)’un daha sonraki görüşünün delili şudur; on dirhemi ödemenin gerekli olması sarf akdinin (parayı parayla satma) gereğidir. Sarf akdinde ödenecek bedel, taraflar ayrılincaya kadar teslim alınmazsa akit geçersiz olur. Nitekim iki kişi mutlak olarak bir dinar ile on dirhemi değişmeler ve teslim almasalar akit geçersiz olur.

[15/113]

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Yararı elde etmeden önce kira akdinde ittifakla ücret gerekli olmaz. Bundan sonra ödemenin gerekli olmasının tek nedeni sarf akdidir. Bundan anlaşılmaktadır ki ödeme sarf akdi nedeni ile gerekli olmuştur. “Peşin ödeme koşulu öne alınır.” sözü kuvvetli değildir. Çünkü ödemenin öne

alınmasını koşul koymak sarf akdinin geçerliliği için değil, takasın yapılabilmesi içindir. Zimmette bulunan para karşılığında yapılan sarf akdi de geçerlidir. Takas anı, sarf akdinden sonradır. Ödemenin peşin yapılması koşulu takasın önüne alınmış kabul edilse bile bu, sarf akdinden sonra veya sarf akdi ile birlikte olur. Sarf bedeli, kendisinden sonra gerekli olan bir borçla takas edilemez.

Eğer "Peşin ödeme koşulu, sarf akdinin önüne alınmış olarak kabul edilir. Çünkü iki tarafın amacı olan borçların takası ancak bu yolla gerçekleşir." denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Akdin koşullarından olan bir şey, akdin önüne ancak zorlama ile alınabilir. Oysa ücretin gerekliliği sarf akdinin koşullarından değildir. Mecliste on dirhem ödendiğinde akdin geçerli olması bunu göstermektedir. Akit geçerli olarak devam ettiği için başka çareler aramakla uğraşmak gereksizdir. Görmez misin bir kimse on dirhem ve bir kumaş karşılığında on dirhem ve bir kumaşı satsa ve taraflar bedelleri teslim almadan önce birbirinden ayrılırsalar, dirhemler üzerindeki akit geçersiz olur. Eğer bu satışta cinslerin birini karşı cinse karşı tutarsak akit geçersiz olmaz. Ancak burada şöyle denilmiştir: Akdi baştan geçerli yapmak için çözüm aranır. Akdin geçerli olarak devam etmesi için bu tip çözümlere başvurulmaz. Bunun delili şudur; kira akdinde ücret belirli bir inek olsa, kiracı bunun karşılığında dinar vermek istese ve inek teslim edilmeden önce taraflar birbirinden ayrılrsa akit geçerli olmaz. Akdin geçerli olarak devam ettirilmesi için peşin ödeme koşulu muteber olsaydı, bu hususta ayn ile deyn (peşin ile veresiye/mal ile para) birbirine eşit olurdu. Kefillik meselesine gelince; kefillik ile alacaklının alacağını kefilden isteme hakkı doğduğu gibi, kefilin de ödediğini asıl borçludan isteme hakkı vardır. Ancak bu hak borcu ödeme anına kadar ertelenir. Vadeli borç ile yapılan sarf akdi geçerlidir. Biz, kira akdinde ayn olsun deyn olsun ücretin bizzat akitle gerekmeyeceğini burada açıklamıştık. Bu nedenle dirhemler teslim alınmadan önce tarafların birbirinden ayrılmaları ile sarf akdi geçersiz olur.

Hamal, taşıma işini tamamlamadan önce; bir miktar taşıdıktan sonra veya henüz taşımaya başlamadan önce ölürse, Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin ilk görüşüne göre; peşin olarak ödenen ücretten, kalan kısmın payı hamalı tutana geri verilir. Çünkü hamal, takas yolu ile ücretini almıştır. Akdin bozulduğu miktarın ücretini geri vermesi gereklidir. Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin son görüşüne göre ise sarf akdi geçersiz olmuştur. Bu nedenle dinarları geri vermesi gereklidir.

Kiracı, ücreti ödeme zamanı olarak belirli bir süreyi koşul koyarsa bu geçerlidir. Bu süre, ücretin ödenmesinin gerekli olduğu andan itibaren başlar. Çünkü süre tanınması, ücretin istenmesini geciktirir. Bu da, ücretin ödenmesinin gerekli olduğu andan önce olmaz.

Kira ücreti, taşıma ve masrafı gerektiren bir şey ise ve ödeme için bir yer belirlenmemişse Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin görüşüne kıyasla akit geçersiz olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise akit geçerlidir. Bu konu, selem yapılan

**Kira bedelinin
ödenmesinde
vâde verilmesi**

**Kira bedelinin
taşınması
masraf
gerektiriyorsa,
teslim yerinin
tesbiti**

maldaki görüş ayrılıkları ile benzer bir meseledir. Biz bu konuyu "Satışlar" (bey') bahsinde ele almıştık.

Eğer "Kira akdindeki ücret, satım akdindeki bedel gibi değil midir? Bilindiği gibi satım akdinde bedel (semen), taşıma ve masraf gerektiren bir şey olsaydı, ödeme yerinin belirlenmesi koşul olmazdı. Bu durumda Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye⁴⁹ göre aynı şey ücret için nasıl koşul konulabilir?" denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: Satım akdindeki bedel veresiye değil ise ödeme bizzat akitle gerekli olur. Akdin yapıldığı yer ödeme yeri olarak belirlenir. Çünkü burası malın tesliminin gerekli olduğu yerdir. Bedel veresiye ise bu konuda Ebû Hanîfe (r.h.a.)'den iki rivayet vardır; birine göre selemde olduğu gibi ödeme yeri mutlaka bildirilmelidir. Çünkü teslim, ödeme anının geldiği zaman gerekli olur. Ödeme zamanında kişinin nerede olacağı ise belli değildir. Bu nedenle akit ancak ödeme yerinin belirlenmesi ile geçerli olur. Diğer rivayete göre ise akit geçerlidir. Çünkü satım akdi aslen bedelin bizzat akitle teslim edilmesini gerektirir. Bu açıdan teslim yeri, akdin yapıldığı yer olarak belirlenmiş olur. Çünkü burada teslimin gerekli olma imkânı vardır. Teslim yalnızca, sürenin koşul konulması nedeniyle gecikmiştir. Çünkü sürenin koşul konulması, bedelin gerekli olmasını ortadan kaldırma konusunda değil, istemeyi geciktirme konusunda dikkate alınır. Dolayısıyla akdin yapıldığı yer akit gereğince teslim yeri olarak belirlenmiş olur. Selem akdi ise malın akit sonrasında hemen teslim edilmesini gerektirmez. Malın teslimini süre dolduğunda gerektirir. Bu nedenle akit yeri teslim için belirlenmiş olmaz. Kira akdi de selem akdine benzer. Çünkü kayıtsız olarak yapılan bir kira akdi, ücretin akitten sonra hemen teslim edilmesini gerektirmez. Dolayısıyla akit yeri ödeme için belirlenmiş olmaz. Bu durumda ödeme yerini belirlemek koşuldur. Çünkü ödeme yerinin belirlenmemesi durumunda oluşan belirsizlik/bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa götürür.

[15/114]

Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise selemde olduğu gibi kirada da akit geçerlidir. Ancak selem akdinde akit yeri teslim için belirlenmiş olur. Çünkü selem akdinde malın teslimi bizzat akitle gerekli olmaktadır. Kira akdine gelince;

Arazi ve ev kiralanması durumunda arazi ve evin bulunduğu yer ödeme yeri olarak belirlenmiş olur. Çünkü kirada ücret bizzat akitle değil, söz konusu bölgede yararın elde edilmesi ile gerekli olmaktadır. Yararın elde edilmesi evin bulunduğu yerde gerçekleştiğinden ücretin teslimi de bu bölgede gerekli olur.

Bir malı taşıma için yapılan hizmet sözleşmesinde ücreti ödemek nerede gerekli olursa ödeme yeri de orasıdır.

Bir iş sözleşmesinde işin yapıldığı yer ödeme yeridir.

Kiraya veren kişi kiracıdan ücreti başka bir şehirde isterse, kiracı ücreti oraya taşımakla yükümlü tutulamaz. Fakat ücreti ödeme yerinde ödeyinceye kadar

⁴⁹ Metinde Ebû Yusuf denilmesi sehven olmalıdır.

kiralayan lehine kiracıdan güvence istenilir. Çünkü o kiracıdan ödemesi gerekeni ödemesini istiyor. Oysa kiracı, ücreti ödeme yeri dışında bir başka yere taşımayı yüklenmemiştir. Ancak alacaklı olan kişinin yararını gözetme açısından kiracıdan güvence (teminat) istenilir.

Kiraya veren kişi, ücret dinar ve dirhem şeklinde ise, kiracıdan dilediği yerde alabilir. Çünkü bu paralar kiracının zimmetinde bir borç olmuşlardır. Bunların taşıma ve masraf külfeti de bulunmamaktadır. Bu nedenle kiraya vereni gördüğü yerde kendisinden ücreti ödemesini isteyebilir.

Allah daha iyi bilir.

KOMİSYONCU

[SABİT ÜCRETLİ KOMİSYONCULUK YAPMAK]

Komisyoncunun
tanımı ve cevazı

"Kays b. Ebû Garze el-Kinânî (r.a.) şöyle demiştir: Biz Medîne pazarlarında alışveriş yapar ve kendimize komisyoncu (simsar) adını verirdik. Resûlüllah (s.a.v.) yanımıza gelerek bize kendi bulduğumuz isimden daha güzel bir isim verdi. O, şöyle buyurdu:

يَا مَعْشَرَ التَّجَارِ إِنَّ الْبَيْعَ بِخُضْرَةِ النَّفَرِ وَالْحَلْفِ فَتُؤْنُوهُ بِالْإِذْقَةِ

*"Ey tâcirler topluluğu! Şüphesiz ki alışverişe boş sözler ve yeminler karışmaktadır. Bunu sadakalarınızla telâfi ediniz."*⁵⁰

[15/115]

Simsar/komisyoncu; başkası adına ücretle mal alıp satan kişidir. Muhammed (r.h.a.)'in bu hadisi kitaba almasının nedeni komisyonculuğun câiz olduğunu açıklamaktır. Bu yüzden bu bölümde câiz olmasının yolunu açıklamış, sonra Peygamber (s.a.v.)'in onları kendi buldukları isimden daha güzel bir isimle çağırdığını belirtmiştir. Bu, Resûlüllah (s.a.v.)'in keremine ve insanlara güzel davranmasına daha uygundur. Tüccar ismi, komisyoncu isminden daha güzeldir. Çünkü bu isim ibadetlerde de kullanılır. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

هَلْ أَذْنُكُمْ عَلَىٰ تِجَارَةٍ تُنْجِيكُمْ مِّنْ عَذَابِ أَلِيمٍ ۝

"(Ey iman edenleri!) Sizi acı bir azaptan kurtaracak ticareti size göstereyim mi?" (es-Saff 61/10).

Tacirlerin
bol
sadaka
vermesi

Yukarıdaki hadis ticaretle uğraşan kişileri çokça sadaka vermeye gayrete getirmektedir. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.) *"Şüphesiz ki alışverişe boş sözler ve yeminler karışır."* sözüyle buna işaret etmiştir. Bunun anlamı şudur; bir tâcir malının özelliklerini belirtmede aşırıya kaçabilir. Hatta boş şeyler de konuşabilir.

⁵⁰ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/6; İbn Mâce, *Ticârât* 3; Ebû Dâvûd, *Buyû'* 1; Tirmizî, *Buyû'* 4; Nesâî, *Eymân* 22;

Malının satılması için rastgele yemin edebilir. İşte bu gibi durumların etkilerini ortadan kaldırmak için tacirin sadaka vermesi teşvik edilmiştir. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ

“Şüphesiz ki iyilikler kötülükleri giderir.” (Hâd 11/114).

Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

اتَّبِعِ السَّيِّئَةَ الْخَسَنَةَ تُلْحِقَهَا

“Kötülüğün ardından hemen iyilik yap ki, o iyilik kötülüğü silsin.”⁵¹

Bir kimse komisyoncuya bin dirhem vererek “Sana on dirhem vermem koşuluyla bu para ile bana Zut kumaşı satın al.” dese akit fasit (bozuk) olur. Çünkü bu kişi komisyoncuyu belirsiz bir iş için ücretle tutmaktadır. Satın alma, bazen bir kelime ile tamamlanabileceği gibi, bazen de on kelime ile tamamlanamayabilir. Ayrıca bu kişi komisyoncuyu sadece kendisinin yapamayacağı bir iş için tutmaktadır. Çünkü satıcı, alıcıya yardımcı olmadığı sürece satım akdi gerçekleşmez.

Aynı şekilde bir kimse bir komisyoncuyu belirli sayıda kumaş satın almak veya buğday satmak, ya da satın almak için ücretle tutsa ve buna karşılık para yahut başka bir ücret belirlese bu akitlerin tümü fasit olur.

Yine kişi, komisyoncunun satın alacağı her bir kumaş için bir dirhem veya satacağı her bir kür⁵² buğday için bir dirhem vermeyi koşul koysa bu açıkladığımız nedenle fasittir.

Bir kimse, bir gün akşama kadar belirli bir ücret karşılığında kendisi için satma yahut satın alması için bir komisyoncuyu ücretle tutsa bu câiz olur. Çünkü burada akit, komisyoncunun hizmeti üzerine yapılmıştır. Bu da sürenin belirlenmesi ile bellidir. İşçi de akit konusu şeyi (ma'kûdün aleyh) yapmaya güç yetirebilir. Görmez misin bu komisyoncu bütün gününü o kişiye ayırdığında hiç alış veriş yapamasa bile ücreti hak eder. Önceki mesele ise böyle değildir. Çünkü orada akdin konusu satma ve satın almadır. Bu nedenle komisyoncu bu durumda iş yapamadığında, zamanını kendisini tutan kişiye ayırma nedeniyle ücreti hak etmemektedir.

Fasit olarak yapılan böyle bir akitte komisyoncu bir şey satın alır yahut satarsa emsal ücrete hak kazanır. Bu emsal ücret de akitte belirlenen aşamaz. Çünkü

**Câiz olup
olmayan
komisyonculuk
çeşitleri**

**Fasit olan
komisyonculuk
sözleşmesinde
ücret**

⁵¹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/153; Tirmizî, *Birr ve Sıla* 55; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, XX/144; Hâkim, *Müstedrek*, I/121;

⁵² Altmış kafiz hacminde en büyük Arap hacim ölçüsü olup, 1 kurr=1980 litredir. 1 Kafiz yaklaşık 33 litredir.

komisyoncuyu tutan kimse, fasit bir akit hükmüne dayanarak onun hizmetinden yararlanmıştır.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) şöyle demişlerdir: Ücretle tutan kişi dilerse komisyoncuya satma ve satın alma emri verir. Kendisi için bir ücret belirlemez. Bu durumda komisyoncu o kişinin vekil ve yardımcısı olur. Daha sonra iş bitince kendisine bedel olarak emsal ücret verilir. Ebû Hanîfe (rh.a.) ise bu meselede onlara karşı değildir. Çünkü her üç imama göre de ayn'ların (malların) hibe edilmesinde kendisine hibe edilen kişinin bir bedel vermesi menduptur (övgüye değerdir). Yararların hibe edilmesinde de öyledir. Komisyoncu, diğer kişiye yardım etmekle bir iyilik yapmıştır. İyiliğin karşılığı ise iyiliktir.

Kişi, komisyoncuya "Malı sat, sana bir dirhem var." veya "Şu malı benim için satın al sana bir dirhem var." dese ve komisyoncu da bunu yapsa emsal ücret hak eder. Bu emsal ücret de akitte kararlaştırılan bir dirhemden fazla olamaz. Çünkü bu kişi, komisyoncuyu akitte kararlaştırılan bir dirhem karşılığında ücretle tutmuştur. Çünkü emrin cevabı vav (و) harfiyle olduğunda, tıpkı koşulda fe (ف) harfiyle cevap verilmiş gibi olur. Kişi komisyoncuya "Bu malı benim için satarsan sana bir dirhem vardır." deseydi bu ücretle tutmak olurdu. "Bu malı sat, sana bir dirhem vardır." dediğinde de aynı durum söz konusu olur. Ayrıca bu kişi fasit bir hizmet sözleşmesi hükmü ile akdin konusunu aldığından emsal işçilik ücreti ödemesi gerekli olur.

Allah doğruyu en iyi bilir.

KİRA BEDELİNE VEYA İŞÇİ ÜCRETİNE KEFİL OLMAK

"Her türlü kira ve iş akitlerinde peşin olsun veresiye olsun, ücrete kefil olmak veya havale yapmak câizdir."⁵³

Çünkü ücret her ne kadar bizzat akitle gerekli olmasa bile, ücreti gerektiren neden vardır. Kefillik, nedenin bulunmasından sonra geçerlidir. Nitekim satılan malın bir başka sahibi çıkarsa malı ödeyeceğine kefil olmak da (kefalet bi'd-derek) geçerlidir. Çünkü kefillik ile amaçlanan, alacağı güvence altına almaktır. Ödenmesi gerekli olan borcu güvence altına almaya ihtiyaç bulunduğu gibi, ödenmesi gerekli duruma gelmekle yüzyüze bulunan bir borç için de güvenceye ihtiyaç duyulur. Bir kişinin başka birisine olan borcuna kefil olmak geçerli olduğu gibi sonradan meydana gelecek olan bir borca kefil olmak da geçerlidir.

Ücrete
kefil
olmak

⁵³ Matbu nüshada "caiz değildir" şeklinde yazılmıştır. Ancak bu yazım hatasıdır. Çünkü metnin devamı kefilliğin câiz olduğunun gerekçesidir. Yazma nüshada da "بحوز/caizdir" şeklinde geçmektedir. Bkz. *el-Mebsût*, Süleymaniye Kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Nüshası 650 nolu kayıt, varak no: 31/a.

Kira bedeli veya işçi ücreti için rehin almak da geçerlidir. Çünkü rehin, maldan hakkın alınmasını sağlar. Ücretin ödenmesi gerekli olmadan önce alınması geçerli olduğu gibi, bunun karşılığında rehine verilmesi de geçerlidir. Ücret karşılığında rehin vermenin câiz olduğu sabit olunca, ücrete kefil olmanın câiz oluşu öncelikle sabit olur.

**Ücret için
rehin
almak**

Aksi koşul konulmamışsa kira bedeli veya işçi ücretinin peşin ya da veresiye verilmesi konusunda asıl borçlunun yükümlülüğü ne ise kefil de aynı şeyle yükümlü olur. Çünkü kefillik, zimmetin zimmete eklenmesidir. Kefillikle kefilin zimmeti, yaptığı akitle asıl borçluya sabit olan konuda onun zimmetine eklenir. Kefil, asıl borçluya ait borcun kendisinden de istenilebilmesi sorumluluğunu yüklenmiştir. Bu nedenle ancak asıl borçludan istenilebilen, ödenebilir bir borç karşılığında kefil olmak geçerlidir. Kefil, borcu ödemedikçe kiraya verenden ücreti isteyemez. Ancak kiraya veren kişi kefilin yükümlü tutarsa o da lehine kefil olduğu kişiyi borcu ödeyip kendisini borçtan kurtarma ve kendisi adına ödemedede bulunma konusunda yükümlü tutabilir. Çünkü kefilin asıl borçludan alacağı, borcu ödemesi anına kadar ertelenmiştir. Kefil olan kişi, kefillik ile kendi zimmetini, asıl borçluya ödünç olarak vermektedir. Dolayısıyla asıl borçlunun zimmetinde yüklenilmiş olan şey kefil için sabit olur. Kefil, borcu ödemekle alacaklının alacağını asıl borçlunun zimmetinden düşürmüş ve kendi malını ona borç vermiş olmaktadır. Bu nedenle ödediğinin dengini asıl borçludan alır.

**Kefilin
yükümlülüğünün
asıl borçlunun
yükümlülüğü
olması**

Özetle söylemek gerekirse alacaklı kefile nasıl davranırsa, kefil de asıl'a aynı işlemi yapar; şöyle ki borç kefiliden istenirse o da asıl'dan ister. Kefil borç için takibe uğrarsa o da asıl'ı takip eder. Borç için hapsedilirse o da asıl'ı hapseder. Kefil borcu öderse bunu asıldan geri alır.

**Kefilin asıl
üzerindeki
yetkileri**

Kefil, henüz kira bedelini ödeme süresi gelmeden, kiraya verene, kira bedelini öderse, o vakit gelinceye kadar asıl borçludan herhangi bir şey alamaz. Çünkü süre dolmadan borcu ödemekle kefil teberruda bulunmuştur. Onun teberruda bulunması asıl borçlunun, borcu vaktinde ödeme hakkını ortadan kaldırmaz. Süre dolmadan önce alacaklı, alacağı asıl borçludan isteyemeyeceği gibi, kefil de isteyemez.

Ücretin miktarında kiraya veren ile kiracı anlaşmazlığa düşseler, yeminle birlikte kiracının sözü kabul edilir. Çünkü o, fazlalığı inkâr etmektedir. Kefil ücretin bundan fazla olduğunu ikrar ederse, bu fazlalığı kendisinin ödemesi gerekir. Asıl borçludan bu konuda bir şey alamaz. Çünkü kefilin ikrarı asıl aleyhine değil, yalnızca kendisi aleyhine delildir.

**Kiracı ile kiraya
verenin ücret
konusundaki
anlaşmazlığında
kefilin
yükümlülüğü**

Bu konuda taraflar delil getirirler, kiraya verenin delili kabul edilir. Çünkü bu delil, fazlalığı ispat etmektedir. Kiraya veren, bu fazlalığı asıl borçludan da kefiliden de isteme konusunda seçim hakkına sahiptir.

[15/117]

Ayn olan
kira
bedeline
kefillik

Bir kimse belirli bir kumaş karşılığında bir ev kiralasa, başka bir kişi de buna kefil olsa bu câizdir. Çünkü kiracı, kiraladığı şeyi aldığı anda, akit gereği malı teslim etmesi gerekir. Kefil ise asıl borçlunun malı teslim etme borcunu yüklenmiştir. Bu, hakkında vekillik geçerli olduğu bir konudur. Bize göre bu konuda kefillik, tıpkı nefse kefil olmak⁵⁴ gibi geçerlidir. Kiracı evde oturma işi tamamlandıktan sonra kumaş, sahibinin yanında iken telef olsa, kefil borçtan kurtulur. Çünkü kefil, elbisenin teslim edilmesini yüklenmiştir. Elbise telef olduğunda asıl borçlu bunu teslim etmekten kurtulmuş, bu nedenle de kefil borçtan kurtulmuş olur. Nitekim kendisine kefil olunan kişi öldüğünde onu mahkemeye getirmeye kefil olan kişi de teslim yükümlülüğünden kurtulmuş olur.

Gasp edilen bir mala kefil olmak bundan farklıdır. Çünkü bu durumda kumaş telef olsa bile gaspçı onu teslim etmekten kurtulmuş olmaz. Onun değerini ödemesi gerekli olur. Malın değeri kendisinin yerini alır. Bu meselede ise kiracı kumaş teslim etmekten kurtulmuştur. Dolayısıyla onun değerini ödemesi de gerekli değildir. Ancak teslim edilmeden önce kumaşın telef olması nedeniyle akit kendiliğinden bozulur. Dolayısıyla kiracının emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Çünkü o, yararı bozuk akit hükmü ile elde etmiştir. Kefil, emsal kira bedelinden hiç bir şeyi yüklenmemiştir. Bu nedenle kefillikten kurtulur.

Bir kimse, bir kölenin (ev sahibine) bir ay hizmet etmesi koşuluyla ev kiralasa, birisi de buna kefil olsa bu câiz olmaz. Çünkü kefil, yerine getirme imkânı bulunmayan bir şeyi yüklenmiştir. Çünkü belirli bir kölenin hizmeti, başka bir köle tarafından yerine getirilemez. Kişi, kölenin kendisine kefil olsa, bununla sorumlu tutulur. Çünkü kölenin kendisini teslim etmek, akit ile kiracı üzerine gerekli olmuştur. Bu konuda vekillik geçerli olduğu gibi, kefillik de geçerlidir. Kefilden köleyi teslim etmesi istenilir. Bir ay geçtiğinde, alacaklı olan kişi kendi hakkının geçen ayın hizmetinden önce olduğunu ikrar ederse, kefil bundan kurtulur. Çünkü aynın geçmesi ve akit konusunun ortadan kalkmasıyla kölenin teslim edilmesini isteme hakkı asıl üzerinden düşmüştür. Buna bağlı olarak kefil de borçtan kurtulur. Kiracı, evin emsal kira bedelini öder. Çünkü o evden yararlanmıştır. Evde oturma hakkı tamamlanmadan önce ücrete karşılık olan şeyin ortadan kalkmasıyla akit de bozulmuştur. Bu durumda kiracının yararlandığı kısmı geri vermesi gerekir. Bu da emsal kira bedelini kiralayana vermekle olur. Bu konuda kefilin bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Kiraya
tutulan
yük
hayvanına
kefillik

Bir kimse Mekke'ye kadar bir hevdec⁵⁵ veya yük hayvanı kiralasa, bir başkası da yük hayvanına kefil olsa, bu kefillik câiz olur. Çünkü kefil, asıl borçlunun zimmetinde olup ödemeye tabi olan bir şeye kefil olmuştur. Bunu yerine getirme konusunda vekillik de geçerlidir. Çünkü yük hayvanı belirli bir hayvan olmadığı

⁵⁴ Davalıyı mahkemeye getirmek için olan kefillik.

⁵⁵ Develerin üzerine konulan ve genelde içersine kadınların oturduğu odacık

sürece kefil tıpkı asıl gibi yükümlülüğü yerine getirme gücüne sahiptir. Bu nedenle hayvanları kiraya veren kişiden yük hayvanı istendiği gibi kefilden de istenebilir.

Aynı şekilde bir kimse, belirtilen bir yere kadar belirli bir ücret karşılığında malını taşımak üzere belirli olmayan develer kiralasa, bir başka kişi deve sahibi adına bunu taşısa belirttiğimiz gerekçeden dolayı bu geçerli olur. Fakat belirli develer kiralar ve bir başka kişi de hayvanlara kefil olursa, kefillik geçerli olmaz. Çünkü kefil, kefil olduğu şeyi kendi malından yapma imkânına sahip değildir. Çünkü yapma bakımından, belirlenmemiş olan şey, belirlenmiş olanın yerine geçemez. Bu, şuna benzer; bir kimse bir borca, bunu asıl borçlunun malından ödemek üzere kefil olsa, bu kefillik geçersiz olur.

Bir kimse oturmak üzere bir ev veya ziraat için bir tarla kiralasa yahut kendisine hizmet etmek üzere ücretle bir adam tutsa, bir başka kişi de bunları yapmaya kefil olsa bu kefillik geçersizdir.

**Kiralanan ev
veya araziye
kefil olmak**

Çünkü kefil, yüklendiği şeyi kendi malından ve bizzat kendi emeğiyle yerine getirmekten âcizdir. Kefillik akdi ile kefil, yüklendiği yükümlülüğe uygun davranması maksadıyla borcu asıl borçlunun malından ödeme yetkisine de sahip olamaz. Kefilliği geçersiz saydığımız bütün durumlarda, kefillik kira akdinin içinde bir koşul olarak ileri sürülmemişse, kira akdinin kendisi geçerli ve yürürlüktedir. Çünkü kira ve kefillik birbirinden farklı iki akittir. Birinin geçersiz olması diğerinin de geçersiz olmasını gerektirmez. Kefillik, kira akdinin içinde koşul olarak ileri sürülmüş ise, kira akdi de satım akdi gibi geçersiz koşul ile geçersiz olur.

[15/118]

**Kefillik
geçersiz
olduğunda
kira akdinin
durumu**

Kiracı, ücreti peşin öder ve bir kişi de kendisine kefil olursa, kiracı hizmet, oturma hakkı ve tarlayı ekme yararlarını elde etmemişse, bu kefillik câiz olur. Çünkü kefil, gerekli olma nedenine dayandırılmış bir borca kefil olmaktadır.

Bir kimse, bir terziye belirli bir ücret karşılığında kendisine bir elbise dikmesi için bir kumaş verip bunun karşılığında terziden bir kefil alırsa, bu câiz olur. Çünkü kefil, vekilliğin câiz olduğu ödemeye tabi bir şeye kefil olmuştur. Çünkü terzinin yüklendiği şey, zimmetinde dikme işidir. Terzi dilerse bunu bizzat yapar, dilerse vekiline yaptırır. Dolayısıyla kefil de bu işi yerine getirme imkânına sahiptir. Bu nedenle kumaş sahibi asıl ve kefilden dilediğinden işi yapmasını isteyebilir. Kefil kumaşı dilerse, bu işin emsal ücreti neye ulaşırsa ulaşsın asıl'dan alır. Çünkü kefil, asılın emri ile üstlendiği görevi onun adına yerine getirmiştir. Dolayısıyla bunun dengini asıl'dan alır. Bu dikim işinin dengi karşılığında emsal ücreti hak eder. Kumaş sahibi işi bizzat terzinin yapmasını koşul koymuşsa bu göz önüne alınması gereken yararlı bir koşuldur. Çünkü insanlar dikim işinde birbirinden farklı olabilirler. Terzi, işi bizzat yapmak zorunda olduğundan bu konuda kefillik geçerli olmaz. Çünkü kefil bu işi kendisi yapamaz. Kefillik akdine dayanarak işi asıl'a yaptırma yetkisine de sahip olamaz. Bu nedenle kefillik akdi geçersiz olur.

**Herkes için
iş yapan
sanatkara
kefil olmak**

Sanatkârın işi bizzat yapması koşul konulan diğer işlerde de aynı durum söz konusudur.

Allah daha iyi bilir.

SÜT ANNE KİRALANMASI

Süt anne
tutmanın
hükmü

Çocuğa süt emzirmek üzere ücretle kadın tutmak câizdir. Çünkü Allahu Teâlâ şöyle buyurmaktadır:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾

“Sizin için çocuğa emzirirlerse onlara ücretlerini verin.” (et-Talâk 65/6)

Burada kastedilen, boşamadan sonraki emzirmedi. Yine Allahu Teâlâ aynı âyetin devamında şöyle buyurmaktadır:

﴿وَإِنْ تَعَايَظْتُمْ فَسَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾

“Eğer anlaşılamazsanız çocuğu başka bir kadın emzirecektir.” (et-Talâk 65/6) Yani ücretle emzirecektir.

Resûlullah (s.a.v.) peygamber olarak gönderildiğinde insanlar bunu uyguluyorlardı. O bunu olduğu gibi bıraktı.

Câhiliye devrinde de bu uygulama vardı. Resûlullah (s.a.v.)’ı emzirmek üzere de Halîme (r.a) ücretle tutulmuştur.

İnsanların bu uygulamaya ihtiyacı da bulunmaktadır. Çünkü küçük çocuklar ancak insan sütü ile beslenebilir. Hastalık, ölüm gibi nedenlerle anne, çocuğunu emziremeyebilir. Yahut da emzirmekten kaçınabilir. İşte bu gibi durumlarda ücretle süt anne tutmaktan başka bir yol yoktur. İhtiyaç nedeniyle buna cevaz verilmiştir.

Sonraki (müteahhirûn) âlimlerden (rh.a.) bazıları süt anne tutulması durumunda akdin konusunun yarar; yani çocuğa hizmet etmek, çocuğun ihtiyaç duyacağı şeyleri yapmak olduğunu, sütün bu akitte tâbi olduğunu söylemişlerdir. Gerekçeleri şudur: Süt ayn’dır. Hayvanların sütlerinde olduğu gibi, ayn kira akdi ile elde edilemez.

[15/119]

Doğru olan görüşe göre burada akit, süt üzerinde yapılmaktadır. Çünkü akitle amaçlanan şey budur. Bunun dışında çocuğun hizmetlerini yapma tâbidir. Akdin konusu memeden elde edilecek yarardır. Her organdan elde edilecek yarar kendisine uygun olur.

İbn Semâa (rh.a.), Muhammed (rh.a.)’den bu şekilde rivayet etmiştir. Bu rivayete göre Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: “İnsan sütünün kira akdi ile alınabilmesi göstermektedir ki bunun satılması câiz değildir. Hayvan sütünü satmanın câiz olması da göstermektedir ki bu kira akdi ile elde edilemez.”

Muhammed (rh.a.) "el-Asl"da şöyle der: "Süt anne, çocuğu hayvan sütü ile beslerse, onun ihtiyaçlarını giderse bile ücrete hak kazanmaz."

Bu akitte süt tâbi olsaydı ve ücret süte karşılık olmasaydı kadının ücreti hak etmesi gerekirdi.

Muhammed (rh.a.) konuya Zeyd b. Ali (rh.a.)'nin hadisi ile başlamaktadır. Bu hadiste Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

لَا تُرْصَعُ الْكُفْمُ الْحَمَاءُ . فَإِنَّ الْمَلِينَ يُعَدِّي

"Çocuklarınızı ahmak kadınlar emzirmesin. Çünkü süt, kişiyi bozar."⁵⁶

Durum gerçekten de Peygamber (s.a.v.)'in belirttiği gibidir. Süt, kadının bir parçası hükmündedir. Çünkü kadının bünyesinden oluşmaktadır. Bu nedenle kadının ahmaklığı süte etki eder. Gıda etkisi bulunduğu için süt, çocuğu etkiler.

Yine Peygamber (s.a.v.)'den rivayet edildiğine göre o şöyle buyurmuştur:

"Ahlâkı kötü olan kadınlar çocuklarınızı emzirmesin."

Bir kimse, bir çocuğu, sütten ayrılincaya kadar iki yıl boyunca emzirmesi için belirli bir ücret karşılığında bir süt anne tutsa bu câiz olur. Çünkü bu kişi belirli bir iş için belirli bir ücret karşılığında bu kadınla hizmet sözleşmesi yapmıştır. Süt annenin yiyecek ve giyecek giderleri kendisine aittir. Çünkü sözleşmede süt anne, yapacağı iş karşılığında ücret almayı koşul koymuştur. Bunun dışındaki konularda süt anne, akitten önce hangi durumda ise akitten sonra da o durumda olmaya devam eder.

Süt anne dilerse çocuğu kendi evinde emzirebilir. Çocuğun babasının evinde emzirme yükümlülüğü yoktur. Çünkü o, akitle çocuğun evinde kalmayı değil süt emzirmeyi yüklenmiştir. Kadın akitle yüklendiği sorumluluğu kendi evinde de yerine getirebilir.

Süt anne, kendisine her yıl (mesela) üç adet Zut elbisesi⁵⁷ verilmesini koşul koyar ve sütten kesme tarihinde de kendisine; belirli miktarda para, kadife, yün elbise, yaygı verilmesini koşul koyarsa Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre diğer hizmet sözleşmelerinde değil, yalnızca bu konuda istihsan deliline göre câiz olur. Ebû Yusuf, Muhammed ve Şâfiî (rh.a.)'ye göre ise câiz olmaz. Bu aynı zamanda kıyasa uygun olan görüştür. Süt annenin, kendisine yiyecek verilmesini koşul koyması konusunda da imamlar arasında aynı şekilde görüş ayrılığı vardır.

Kıyasın delili şudur; Bu, bir hizmet sözleşmesidir. Bu nedenle tıpkı diğer kira ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi ücretin bildirilmesi koşuldur. Yiyecenin ise cins, miktar ve niteliği bilinmemektedir. Giyecekte de aynı durum söz konusudur.

Süt
annenin
nafakası

⁵⁶ Taberânî, el-Mu'cemü's-sağîr, I/100; Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, VII/464.

⁵⁷ Bir kumaş türü.

Bu bilinmezlik, tıpkı diğer kira ve hizmet akitlerinde olduğu gibi ücret olarak belirlenmeye engel olur. Çünkü bu, tarafları anlaşmazlığa götürür. Süt anne tutulması konusunda da böyledir. Bu, hadis tarafından desteklenen bir kıyastır. Çünkü Resûlullah (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَنْ سَتَاجَرَ أَحِيْرًا فَيُعِيْنُهُ أَجْرَهُ

"Ücretle bir kişiyi tutan, ona ücretini bildirsin."⁵⁸

Bu şekilde kurulan bir sözleşmede süt anne, emzirme görevini yerine getirirse emsal ücrete hak kazanır. Çünkü o, geçersiz bir akit hükmüne dayanarak akdın konusunu yerine getirmiştir. Ancak kadını ücretle tutan kişiler; akit sırasında ücret olarak; cinsi, uzunluğu, genişliği, inceliği belirli bir kumaş belirler ve bunun için bir süre verilerse, yiyecek olarak da her gün belirli bir ölçek un tespit ederlerse tıpkı diğer kira ve hizmet akitleri ile satım sözleşmelerinde olduğu gibi burada da sözleşme geçerli olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) şu âyeti delil almıştır:

﴿وَعَلَى الْإِسْمَاعِيلَ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَغْرِبِ﴾

"Süt emziren kadınların, örfe uygun olarak beslenmesi ve giyimi çocuğun babasına aittir." (el-Bakara 2/233)

Bu âyette kastedilen, boşama sonrasında süt emzirme ücreti olarak kadının alacağı şeydir. Görmez misin aynı âyette,

﴿وَعَلَى نَوْرٍ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ "Onun benzeri mirasçılar üzerine de gerekir." (el-Bakara 2/233) buyrulmuştur. Âyette sözü edilen, evlilik nafakası değil, süt emzirme ücretidir.

Aklî delil de şudur; İnsanlar bu akdi bu nitelikte yapmayı örf durumuna getirmişlerdir. Bu uygulamayı geçersiz kılan bir delil de bulunmamaktadır. İnsanları bu âdetten vazgeçirmek zorluk doğurur. Çünkü süt anneler, ev halkından sayılmazlar. Görünüşe göre insanlar, eşlerinin giyecek ve yiyeceklerini belirlemedikleri gibi süt anneler için giyecek ve yiyecek belirlemezler. Bu durum diğer kira ve hizmet akitlerinde câiz olmaz. Çünkü bu, o akitlerde anlaşmazlık doğurur. Oysa burada öyle bir durum yoktur. Çünkü süt emzirmek üzere kadını tutan kişiler kadına yeterli olacak yiyeceği vermekten çekinmezler. Çünkü sonuç olarak bunun yararı süt emen çocuğa dönecektir. Hatta kimi zaman süt anne tutanlar, sütün bol olması için kadının normal doyum durumundan daha fazlasını bile yemesini isterler. Aynı şekilde bu kişiler, süt annenin giyeceğini karşılamaktan da kaçınmazlar. Çünkü çocuk, o kadının kucağında (bakımında)dır. Ayrıca bu

[15/120]

⁵⁸ Ibn Ebû Şeybe, *Musannef*, VI/366; Nesâî, *Müzâraa* 1; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/120. bkz. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/394; Buhârî, *Şurû't* 11; Müslim, *Nikâh* 38; Tirmizî, *Buyû'* 57.

akitte, bedellerin birisinde diğer akitlerde gösterilmeyen kolaylık ve genişlik gösterilmiştir. Çünkü kira ve hizmet akitlerinde, ayn akdin konusu olamazken, bu akitte gerçekte bir ayn olan süt, akdin konusu olmaktadır. Bu nedenle diğer bedel konusunda da, başka akitlerde bulunmayan bir genişlik gösterilir.

Bu şekilde yapılan akit Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre câiz olduğundan kadın, akitte belirlenen eşya ve giyeceğin orta hallisini almaya hakkı olur. Çünkü kadın, bedelli bir akitte mutlak olarak belirtmekle buna hak kazanamaz. Dolayısıyla nasıl ki mehir olarak bir köle veya Herat kumaşı belirlendiğinde, bunların orta hallisini alma hakkı oluyorsa, bu akit için de aynı durum söz konusudur. Çünkü verilecek şeyin, orta halli olarak belirlenmesi her iki tarafın da yararınadır.

Çocuğun ailesi, kadının çocuğu kendi evlerinde emzirmesini koşul koyarlarsa bu câiz olur. Nitekim diğer hizmet sözleşmelerinde işverenin, işçinin işi kendisinin evinde yapmasını koşul koyması câizdir. Çünkü bu koşulu koymak çocuğun ailesinin yararınadır. Süt anne onların evinde çocuğa baktığında, kendi evinde göstermediği özeni gösterir. Hatta ailesi, çocuğun ailesinden uzak kalmasına dayanamayabilir. Akitte bir yararı olan koşul geçerlidir.

Süt annenin, çocuğu ailesinin yanında emzirmesini koşul koymak

Bir kadın evli olduğu durumda, kocasından izin almaksızın bir çocuğu emzirmek üzere sözleşme yapsa, kocası bu sözleşmeyi iptal edebilir. Denildiğine göre bu, eşinin süt anne olmasını kendisi için bir leke olarak gören kocalar hakkında geçerlidir. Bu kişi, kendi zararını kaldırmak için akdi bozma hakkına sahip olur. Ancak kadının süt emzirmesi, koca için bir kusur olarak görülmeyecekse kocanın akdi bozma yetkisi olmaz. Doğru olan görüşe göre her iki durumda da kocanın akdi bozma yetkisi vardır. Çünkü kadın, çocuğu, çocuğun yakınlarının evinde emziriyorsa, koca onun evinden dışarı çıkmasını engelleyebilir. Kadın kendi evinde emziriyorsa, koca başkasının çocuğunun evine sokulmasını engelleyebilir. Ayrıca kadın, çocuğu emzirmek ve geceleri uykusuz kalmak suretiyle kendisini yormaktadır. Bu ise kadının güzelliğini eksiltir. Oysa kadının güzelliği kocanın hakkıdır. Bu nedenle koca, kendi zararını ortadan kaldırmak için kadının nafile ibadet yapmasını engellediği gibi, başkasının çocuğunu emzirmesini de engelleyebilir. Bu durum, o kişinin kadının kocası olduğu biliniyorsa böyledir. Ancak o kişinin kadının kocası olduğu yalnızca kadının sözü ile biliniyorsa kocanın akdi bozma yetkisi yoktur. Çünkü akit kadın hakkında bağlayıcı olmuştur. Kadının sözü, kendisini ücretle tutan kişi hakkında kabul edilmez. Ayrıca süt emzirme sözleşmesini bozmak için kadının, bu kişi ile evli olduğunu ikrar ettiği yolunda töhmet bulunmaktadır. Bu şuna benzer; evli kadının özgür olup olmadığı bilinmediğinde, o kendisinin cariye olduğunu ikrar ederse, evliliği geçersiz kılar konusunda onun sözü onaylanmaz.

Kadının çocuk emzirmek için kocasından izin alması

Bir yıl geçtikten sonra çocuk ölürse, kadın geçen zamanın ücretini alır. Bunun yanında akit sırasında koşul konulan; süttan kesilme tarihinde kendisine teslim

[15/121]

edilecek olan giyecek ve dirhemlerden bir yılın payını alır. Çünkü kadın geçen süre içinde akdin konusunu yerine getirmiştir. Bu nedenle bedelden buna karşılık olan şey üzerinde hakkı da pekişmiştir. Geriye kalan kısımda amaç ortadan kalktığından, ona karşılık olan bedelin ödenmesi gerekmez.

Süt annenin çocuğa ve çocuğun mallarına karşı sorumluluğu

Çocuk, kadının bakımında iken yitirilse, veya düşüp ölse, yahut çocuğun süs eşyaları ve elbiselerinden bir şey çalınsa süt annenin bunları ödemesi gerekmez.

Çünkü o, özel işçi konumundadır. Sözleşme, onun süre içinde yapacağı hizmet üzerinde gerçekleşmiştir. Görmez misin kadının, sözleşme süresi içinde çocuğu emzirmek dışında bir işle uğraşma veya bunun benzeri bir iş için başkalarına ücretle çalışma hakkı bulunmaz. Ortak işçinin ödeme yükümlülüğü bulunduğunu kabul edenlerin görüşüne göre ortak işçinin aksine özel işçi, elinde bulunan şeyler konusunda emanet alan kişi konumundadır.

Süt annenin emzirme dışında görevi olan ve olmayan şeyler

Süt anne, çocuğun ana-babası tarafından hamur yapma, yemek pişirme veya ekmek yapma gibi konularda yükümlü tutulsa, bunların hiç birisini yapması gerekmez. Çünkü o, akitle yalnızca süt emzirmeyi yüklenmiştir. Söz konusu işler ise süt emzirme ile ilgili değildir. Bu nedenle kadının bunları yapması gerekli değildir. Ancak kendisi isterse yapabilir. Çocuğun bakımıyla ilgili konular, elbisesinin yıkanması, çocukları tedavide kullanılan yağ ve güzel koku sürme vb. işler ise süt annenin görevidir. Çünkü bunlar süt emzirme işiyle ilgilidir.

Çocuk, yemek yiyebiliyorsa, süt annenin çocuğa bu yiyecekleri satın alması gerekli değildir. Çünkü o, çocuğu yiyeceklerle değil, sütüyle beslemeyi üstlenmiştir. Bunların tümü çocuğun ailesinin sorumluluğundadır. Ancak kadın bunları çocuğa hazırlamak zorundadır. Çünkü bu da süt emzirme ile ilgilidir.

İşçinin yapmak zorunda olup olmadığı işlerde örfün rolü

Muhammed (rh.a.) yağ ve reyhan sürmeyi kadının görevleri arasında saymakla birlikte yemek yedirmeyi belirtmemiştir. Bu, Kûfe halkının âdetine uygun olarak verilmiş bir hükümdür. Bu konuda her bölgenin örfü göz önüne alınır. Bu, kira ve hizmet sözleşmelerinde temel bir prensiptir. Akin kapsamına girdiği halde akit içinde koşul konulmayan bütün konularda her yörenin örfü dikkate alınır. Bu nedenle Muhammed (rh.a.) süt emzirme konusunda Kûfelilerin âdetini dikkate alarak şöyle demiştir: Süt kabı ve süt süzgecini sağlama, süt sahibinin görevidir. Yine örf göz önüne alınarak iplik ve iğne ise terziye ait olur. Fason kumaş dokutmada, parlatacı maddeyi sağlamak dokumacıya değil, kumaş sahibine aittir. Bir yöredeki örf bunun aksine ise bu konuda örf dikkate alınır.

Mezar üzerine toprak atma görevinin kazıcıya ait olması örfedir. Ekmeği fırından çıkarma ekmeği pişirenin görevidir. Çorbayı tabaklara boşaltma, düğün yemeği yapmak üzere tutulmuş aşçının görevidir. Aşçı belirli miktarda yemek pişirmek üzere tutulmuşsa, yemeği servis yapmak onun görevi değildir. Çünkü bu konuda örf bulunmamaktadır. Yükün eve sokulması, yükü sırtında taşıyan hamala aittir. Örfeye göre bu eşyayı evin üstüne veya odaya taşıma onun görevi değildir. Bir

kimse evine kadar yük taşımak üzere bir yük hayvanı kiralarsa, yükün hayvan sırtından indirilmesi, hayvanı kiraya verene aittir. Yükün eve sokulmasında da örf dikkate alınır. Semeri sağlamak hayvan sahibinin borcudur. Harar ve ipin kime ait olduğu konusunda örf bakılacağı gibi, eğer ve gemin kimin tarafından sağlanacağı konusunda da örf bakılır. Bu, temel prensiptir.

Akdin kapsamına girdiği halde akit sırasında koşul konulmayan şeylerde anlaşmazlık durumunda örf başvurulur. Sorun bu şekilde giderilir.

Çocuğun ailesi süre dolmadan önce süt anne ile yaptıkları sözleşmeyi bozmak isterlerse, bunu bir özür bulunmadıkça yapamazlar. Çünkü akit, her iki taraf açısından bağlayıcıdır. Ancak daha sonra açıklayacağımız gibi, bize göre kira ve hizmet sözleşmeleri özür nedeniyle bozulur. Çocuğun ailesinin bu konudaki özürleri çocuğun süt annenin sütünü emmemesidir. Bu olmayınca sözleşmeden beklenen amaç gerçekleşmez. Bundan daha açık bir özür olmaz. Çocuğun kadından emdiği sütü kusması da bir özürdür. Çünkü genellikle bu, çocuk için zararlı olur. Çocuğun zararını ortadan kaldırma, kira akdini bozma konusunda bir özürdür. Süt annenin gebe kalması da bir özürdür. Çünkü gebe kaldığında sütü bozulur. Bu, çocuğa zarar verir. Çocuğun ailesi bundan korktuklarında sözleşmeyi bozma konusunda mazeretli olurlar.

**Süt emzirme
akdinin süre
dolmadan
önce
bozulması**

Yine kadın hırsız olur da çocuğu ailesinin yanında emzirirse, kendi eşyalarının kendi yanında emzirirse çocuğun eşyaları ve takılarının çalınacağından korkarlarsa akdi bozabilirler. Aynı şekilde kadın açıkça ahlaksız olur da çocuğun yakınları bundan korkarlarsa sözleşmeyi bozabilirler. Çünkü kadın ahlaksızca şeyler yapmakla uğraşır. Bu nedenle çocuğun işlerini eksik yapar. Belki de zina yoluyla gebe kalabilir. Bu gebelik de sütünü bozar.

**Süt
annenin
ahlaksız
veya kafir
olması**

[15/122]

Süt annenin kâfir olması onun ahlaksız olmasına benzemez. Çünkü kadının kâfir olması onun inancı ile ilgilidir. Bu, çocuğa zarar vermez. Bu konuda "süt annenin zinakâr olması nedeniyle sahip olduğu kusur, küfür nedeniyle sahip olduğu kusurun üzerindedir." demek pek de yanlış sayılmaz. Görmez misin Nûh ve Lût (a.s.) gibi bir kısım peygamberlerin eşleri arasında kâfir olanlar vardı. Ancak hiç bir peygamberin eşi zina etmemiştir. Resûlullah (s.a.v.) bu şekilde bildirmiştir.

Çocuğun ailesi yolculuğa çıkmak isterler de süt anne onlarla gelmek istemezse, bu durum sözleşmeyi bozma konusunda özür sayılır. Çünkü ihtiyaç durumunda yolculuğa çıkmak imkânsız değildir. Çünkü aksi takdirde çocuğun ailesinin bunda zararı bulunmaktadır. Kadın, aile ile birlikte yolculuğa çıkmaya zorlanamaz. Çünkü o, yolculuğun zararını üstlenmemiştir. Çocuğun ailesinin, çocuğu kadının yanında bırakması da mümkün değildir. Çünkü onların çocuktan ayrı kalmaları kendilerini üzer. Bu zararı ortadan kaldırmak için aile akdi bozma yetkisine sahip olur.

**Süt annenin
hastalanması**

Süt anne ancak bir özür nedeniyle sözleşmeyi bozabilir. Onun bu konudaki özrü, emzirmeye engel olacak derecede hastalanmasıdır. Çünkü bu durumda kadın emzirmekten zarar görür. Çünkü hastalığa bir de süt emzirmenin yorgunluğu eklenmektedir.

Süt anne hastalandığında çocuğun ailesi kadının işine son verebilir. Çünkü kadın hastalandığında, çocuğun ailesinin kendisinden bekledikleri emzirme işini yapamaz. Hastalık nedeni ile sütü azalabilir veya bozulabilir.

Süt annenin kocası, yapılan sözleşmeyi kabul etmezse, daha önce açıkladığımız gibi akdi bozabilir.

Kadın süt emzirmekle tanınmamış bir kişiye akdi bozabilir. Çünkü başlangıçta o, karşılaşacağı sıkıntılar ve uykusuzluktan habersiz olabilir. İşe başlayıp da bunlarla karşılaştığında zarar görür. Ayrıca süt emziren kadının yaptığı iş nedeniyle toplum içindeki konumu değişebilir. Çünkü toplumda "özgür kadın acıdır. Fakat yine göğüslerinden (süt emzirme yoluyla) para kazanmak istemez." denilir. Kadın süt emzirmekle tanınmadığından, bu işi yapmakla düşeceği horluğu daha önceden bilmemiş olabilir. Bu işi yaptığıda sözleşmeyi bozma yetkisi olur.

Çocuğun ailesi sözleri ile kadını incitiyorlarsa, buna son vermeleri gerekir. Çünkü yaptıkları bu davranış bir haksızlıktır. Haksızlığa son vermek gereklidir. Aile süt anneye karşı kötü davranıyorsa bu davranışlarına da son vermelidirler. Çünkü kötü ahlak yerilmiştir. Aile buna son vermezse kadın işi bırakabilir. Çünkü o, incitici sözlerle ve kötü davranışlara katlanmaktan zarar görür.

Süt annenin kocası, eşinin bu işi yapmasını kabul ederse, çocuğun ailesi kadının gebe kalıp da sütün çocuğa zarar vermesinden korkarak kadının kocası ile cinsel birleşmesini engellemek isterlerse, bunu yalnızca kendi evlerinde engelleyebilirler. Çünkü ev onlara ait olduğundan süt annenin kocası onların izni olmaksızın eve giremez. Koca, süt anne ile kendi evinde bir araya gelirse, cinsel birleşmede bulunabilir. Çünkü bu, nikah akdi ile elde ettiği bir haktır. Yapılan hizmet sözleşmesini kabul etmesi, kendisinin hakkını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla süt anne, kocasının cinsel birleşme isteğine karşı koyamaz. Çocuğun ailesi de kadının cinsel birleşmesine engel olamaz.

[15/123]

Süt anne, çocuğun ailesinin emri olmadan onlara ait yiyeceği başkasına yediremez, çünkü kadın bu konuda diğer yabancılar gibidir.

**Süt
anneyi bir
yakınının
ziyaret
etmesi**

Süt annenin çocuklarından biri kendisini ziyarete gelirse, emen çocuğun ailesi, gelen çocuğun annesinin yanında kalmasını engelleyebilirler. Çünkü ev onlara aittir. Yine çocuğun ailesi çocuk için zararlı olması durumunda kadının başkalarını ziyaret etmesini de engelleyebilir. Çünkü yapılan sözleşme ile kadın, çocuğun yararına olacak şeyler yapmayı, zarar verecek şeyleri uzaklaştırmayı üstlenmiştir. Çocuğun ailesi, süt annenin çocuk için zararlı olmayan davranışlarını

engelleyemez. Çünkü o, sözleşme ile yüklendiği konuların dışında dilediği gibi davranma yetkisine sahip özgür bir kadındır.

Ticâret yapmasına izin verilmiş câriye, ücret karşılığı bir işte çalışabileceği gibi süt anne olarak da çalışabilir. Çünkü câriyenin, ticarete kullanacağı sermaye, iş gücüdür. Kitâbet akdi⁵⁹ yapmış olan câriye de böyledir.

Ticâret yapmasına izin verilen köle ve mükâtep de kendilerine ait câriyeyi süt anne olarak kiralayabilir. Kendi çocuğuna süt anne tutabilir. Çünkü kira ve hizmet sözleşmesi ticârî akitlerdendir. Ayrıca söz konusu kişilerin kazançlarını artırma konusundaki düzenlemeleri kendilerine aittir. Bu kişiler kendi çocukları için yiyecek aldıkları gibi, emzirmesi için süt anne de tutabilirler. Yine bunlar câriyelerini satabildikleri gibi ücret karşılığında çalıştırma hakkına da sahiptirler. Mükâtep veya izinli köle, sözleşmeden sonra yeniden köleliğe dönerse süt anne ile yaptıkları sözleşme bozulur. Bu kişiler kendi câriyelerini süt anne olarak çalıştırıyorlarsa, Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hizmet sözleşmesi bozulmaz. Muhammed (rh.a.)'e göre ise bozulur.

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şudur; Yapılan hizmet sözleşmesi ile mükâtep, süt annenin yararını teslim etmeyi yüklenmiştir. Mükâtep, kitâbet bedelini ödeyemediğinde, hakkı yok olmuştur. Ölümünde olduğu gibi yararı üzerindeki hak efendisine ait olur. Hizmet sözleşmesi geçersiz duruma gelir. Çünkü Mükâtep köle tasarruf edebilme ve kazanç konusunda özgür insan gibidir. Öyleki tasarruf efendiye değil ona aittir. Tasarruftan aciz kalışı, bu hakkı özgür birisinin ölümünde olduğu gibi efendiye geçer. Bu yolla da hizmet sözleşmesi geçersiz olur. Mükâtep bu açıdan ticâret yapmasına izin verilen köleden ayrılmaktadır. Çünkü bu kişinin kazancı daha önceden de efendisine aitti. Efendi bu kazanç üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahipti. Bu köleye kısıtlama getirmek, hakkı efendisine devretme anlamına gelmez. Görmez misin bu köleyi ücret karşılığında başkası yanında çalıştırmak geçersiz duruma gelmez. Aynı şekilde onun kiraya vermesi de geçersiz olmaz. Mükâtep kölenin özgür kılınması bundan farklıdır. Çünkü özgür kılınmakla mükâtebin kazanç ve tasarrufları üzerindeki mülkiyeti pekişir.

İkisi arasında farklılık bulunduğu delil şudur: Mükâtep köle, câriyesine istibrâ⁶⁰ yaptırma sonra da özgür kılma kendisinin yeniden istibrâ yapması gerekmez. Mükâtep, kitâbet bedelini ödeyemese, efendisinin câriye ile cinsel birleşme yapmadan önce yeniden istibrâ yaptırması gerekir.

⁵⁹ **Kitâbet akdi**, efendi ile kölesi arasında bir bedel karşılığında özgürlük elde etme üzerine kurulu olan akit. Bunu yapan köleye mükâtep denir.

⁶⁰ Cariyenin gebe olup olmadığını belirlemek için bir hayız süresince, eğer hayız görmeyen cinstense, bir ay süreyle ilişki kurulmayıp bekletilmesine "istibrâ" denir.

Yine mükâkep, babası ve çocuğu gibi bir yakınını satın alsa, onu satamaz. Efendinin bir yakınını satın alsa satabilir.

Efendisi zengin olsa bile mükâtebe zekât vermek câizdir. Bundan anlaşılmaktadır ki kölenin kitâbet akdi devam ettiği sürece kazancı kendisine aittir. Kitâbet bedelini ödeyemez duruma gelince kazanç efendisine geçer. Bunun delili şudur; mükâtep bedeli ödeyemeden ölürse hizmet sözleşmesi geçersiz olur, bedeli ödeyemediğinde de durum böyledir.

Ebû Yusuf (rh.a.) şöyle demektedir: Mükâtebin bedeli ödeyememesi durumunda mülkiyet hakkı gerçek mülkiyete dönüşür. Dolayısıyla mükâtebin özgür kılınması durumunda olduğu gibi, bedeli ödeyememesi durumunda da hizmet sözleşmesi geçersiz olmaz.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Kazanç, mükâtep ile efendi arasındadır. Her birisinin bu kazanç üzerinde gerçek mülkiyeti değil, mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle mükâtep, efendisinin veya kendisinin eşini satın alsa nikâh bozulmaz.

Efendi, mükâtebin kazancından olan bir câriye ile evlense bu geçerli olmaz. Nitekim mükâtebin kendisi de kazancından olan bir câriye ile evlenemez. Bundan anlaşılmaktadır ki her birinin mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Gerçek mülkiyet bakımından efendi, mükâtepten üstündür. Çünkü o, mülkiyete ehildir. Mükâtep ise ehil değildir.

[15/124]

Mükâtebin kitâbet akdi yaptığı köle, bedeli ödese, velâ⁶¹ ilk efendiye ait olur. Efendi, mükâtebin, kendi akrabasından, kitâbet sözleşmesi yaptığı kişileri özgür kılarsa bu geçerli olur. Mükâtebin özgür kılması ise geçerli olmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki gerçek mülkiyet bakımından efendi daha üstündür. Mükâtep özgür kılınıp da kazancına sahip olduğunda, hizmet sözleşmesi geçersiz olmaz. Mükâtebin bedeli ödeyememesi sonucu kazancı efendisinin mülkü olursa, kira akdi öncelikle geçersiz olmaz. Çünkü hizmet sözleşmesinde yararı (işgücü) teslim etmesi gereken taraf değişmemiştir. Ancak özgür bir kişi kiralamayı kabul ettikten sonra ölürse durum bundan farklı olur. Bu meselede de görüş ayrılığı bulunduğu söylenmektedir.

Doğru olan görüşe göre Ebû Yusuf (rh.a.) bu iki meseleyi birbirinden ayırarak şöyle demektedir: Mükâtebin süt anne kiralaması efendisinin değil, kendisinin ihtiyacı içindir. O, kitâbet bedelini ödeyemez duruma gelince ihtiyacı ortadan kalkar. Câriyesini süt anne olarak ücretle çalıştırması ise ücret kazanmak içindir. Bu ücret üzerinde mükâtep gibi efendinin de hakkı vardır. Mükâtebin bedeli ödeyemez duruma gelmesi, kira akdinin bağlayıcı olmasını gerektiren şeyi ortadan kaldırmaz. Mükâtebin tasarrufta bulunma konusunda bağımsız olduğu kabul

⁶¹ Bir köle özgür kıldıktan sonra akrabası yoksa, âkilelik ve miras konularında, kendisini özgür kılanla arasında bazı hukukî hak ve yetkiler doğar. Buna velâ denilir.

edilir. Çünkü efendi, mükâtebin kazançları üzerinde tasarrufta bulunma konusunda kendisine kısıtlama getirmiştir. Ancak kiraya vermenin geçersiz olması, tasarrufta bulunan kişi değiştiği için değil, mülkiyetin geçmesi bakımındandır. Görmez misin ticâret yapmasına izin verilen borçlu köle, kendi kazancı üzerinde tasarrufta bulunur. Efendi onun kazancında tasarrufta bulunamaz. Köleye kısıtlama getirilmesi ve borcunun ortadan kalkması ile bu kazanç üzerinde tasarrufta bulunan kişi değişir. Kiraya verme geçersiz duruma gelmez. Çünkü mülkiyet devrolmamıştır. Aynı şekilde bu durumda kiralama da geçersiz duruma gelmez. Çünkü bu kiralama, efendinin ihtiyacı nedeniyle gerçekleşmiştir. Efendi, borcu başka bir maldan ödediğinde kendi mülkünü koruyup geliştirme konusunda kendi kazancı üzerinde daha fazla hak sahibidir.

Doğru olan görüşe göre mükâtep, kitâbet bedelini ödeyemeden ölürse Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre onun kira akdi son bulmaz. Nitekim hayatta iken bedeli ödeyememesi durumunda da hüküm böyledir. Cârîyeye istibrâ yaptırılması meselesi ise, ona gerçekten sahip olmakla değil, onu elinde bulundurma (mülkiyet) ve tasarrufta bulunmaktan kaynaklanmaktadır. Görmez misin satılan bir cârîye, alıcı tarafından teslim alınmadan önce hayız görürse, bu hayızdan dolayı alıcı cârîye ile cinsel ilişki kuramaz. Biz mülkiyet ve tasarruf yetkisinin mükâtebe ait olduğunu kabul ediyoruz. Aynı şekilde satımın mümkün olmaması da mükâtebe ait olan mülkiyet ve tasarruf yetkisinden kaynaklanmaktadır. Mükâtep, kendi kazancı olan köleler ile kitâbet akdi yapma yetkisine sahip olduğundan, onun mülkiyetinde olan yakın akrabaları kendiliğinden mükâtep olurlar. Mükâtep, kendi kazancı olan köleleri özgür kılma yetkisine sahip olmadığından, onun elinde olan yakın akrabaları da kendiliğinden özgür olmazlar. Efendi ise mükâtebin kazancı olan köleler ile kitâbet akdi yapma veya onları özgür kılma yetkisine sahip değildir. Bu nedenle Mükâtep, efendinin yakın akrabasını satın aldığı anda, bu kişi doğrudan mükâtep olamaz. Zengin efendinin yoksul mükâtebine zekât vermenin helal olması da efendinin mükâtep üzerindeki mülkiyet ve tasarruf yetkisinin ortadan kalkması yüzündendir. Görmez misin yolda kalmış bir kimse (ibnü's-sebil) de kendi malı üzerindeki tasarruf yetkisini yitirdiğinden zekât alabilir.

Efendi zengin olsa bile mükâtebin kazancı onun elinde değildir. Bu nedenle zengin bir kişinin kitâbet akdi yaptığı bir köleye zekât verilebilir. Kiraya vermenin geçersiz olması ise daha önce belirttiğimiz gibi, kiraya verilen malın kiraya veren kişinin elinden başkasının eline geçmesi ile olur.

Özgür olan çocuğun babası ölürse, süt anne ile yapılan sözleşme geçersiz duruma gelmez. Çünkü bu sözleşme çocuğun ihtiyacı için yapılmıştır. Bu konuda baba, çocuğun vekili gibidir. Bundan dolayı çocuğun malı var ise, süt annenin ücreti bu maldan ödenir. Babanın ölümünden sonra süt anne ücreti çocuğun elde ettiği mirastan ödenir. Çünkü bu, kendisinin malıdır. Çocuğun, babası hayatta iken

malı bulunsaydı baba, süt anne ücretini bu maldan ödeyebilirdi. Aynı şekilde o öldükten sonra da ücret bıraktığı mirastan ödenir.

[15/125]

**İki çocuğu
emzirmek
üzere bir
süt anne
tutmak**

Süt anneyi ücretle tutanlar, iki çocuğu aylığı belirli bir para karşılığında emzirmesi koşuluyla anlaşsalar, sonra da çocuklardan birisi ölse ücretin yarısı düşer. Çünkü ücretin tümü iki çocuğu emzirme karşılığındadır, bundan dolayı ücret her bir çocuğa yarı yarıya dağıtılır. Çünkü emzirme bakımından çocuklar arasında pek az fark bulunur. Hatta hiç bulunmaz. Ölen çocuk hakkında akit geçersiz olmuştur. Bu nedenle ücretin yarısı düşer.

**Bir çocuğu
emzirmek
üzere iki
süt anne
tutmak**

Aile, bir çocuğu emzirmek üzere iki süt anne tutsa, bu sözleşme geçerlidir. Ücret aralarında sütleri oranında dağıtılır. Sütleri eşitse ücreti yarı yarıya paylaşırlar. Sütleri farklı ise her biri sütü oranında ücret alır. Bundan anlaşılıyor ki bu sözleşme süt üzerinde yapılmaktadır. Bedel de ona karşılık verilmektedir. Süt annelerden biri ölürse, onun hakkında akdin konusu ortadan kalktığı için onunla olan akit son bulur. Diğer süt anne ücretteki payını alır.

**İnsan
sütünün
satışı**

Biz Hanefilere göre insan sütünün hiç bir şekilde satılması câiz değildir. Bu sütü telef edene sütün bedeli ödettirilmez.

Şafiî (rh.a.) şöyle demiştir: "İnsan sütünü satmak câizdir. Bunu telef edene ödettirilir. Çünkü bu, tıpkı hayvan sütü gibi temiz bir süt veya temiz bir içecektir. Ayrıca süt tüm insanlar için bir gıda maddesidir. Diğer gıda maddeleri gibi satışı câiz olur. Bundan anlaşılmaktadır ki insan sütü mütekavvim/değerli bir maldır. Ekonomik değer taşıma ve değerli mal olma, din ve örf açısından ayn'ın (nesnenin) yararlanılır olmasına göre değerlendirilir. Bunun delili şudur; Süt, kira akdi ile sahip olunması câiz olan bir ayndır. Dolayısıyla satışı da câizdir. Bu nedenle tıpkı boyama işindeki boya, kâğıtçılıktaki mürekkep ve elbiselerin yıkanmasındaki çöğen ve sabun hükmündedir. Hatta sütün satılabilmesi öncelikle câizdir. Çünkü ayn, kiralamadan daha çok satışa elverişlidir."

Biz Hanefilerin bu konudaki delilimiz ise şudur; İnsan sütü tıpkı tükürük, sümük ve ter gibi mütekavvim (değer taşıyan) bir mal değildir. Bundan dolayı satışı da câiz değildir. Telef eden kişiye ödeme gerekmez. Bunu aklen şöyle açıklayabiliriz: Mal, ihtiyaçlarımızı gidermemiz için yaratılmış olan bizim dışımızdaki şeylere verilen isimdir. İnsan ise mala sahip olmak üzere yaratılmıştır. İnsanın mal olması ile mal sahibi olması arasında bir çelişki vardır. Allahu Teâlâ,

« وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ م فِي الْأَرْضِ جِغِفَا »

"O, yerde ne varsa hepsini sizin için yarattı" (el-Bakara 2/29) âyeti ile bunu ifade etmektedir.

Ayrıca insanın parçaları insanın maddî varlığı ile aynı hükümlere tâbidir. Görmez misin insanın şerefli bir varlık olmasının sonucu olarak onun kılından yararlanmak câiz değildir. Bu durum diğer canlılar için söz konusu değildir. İnsan

tersi toprağa gömülür. Hayvanlardan ayrılan şeylerden ise yararlanılabilir. Süt, insanın bedeninden oluşan bir parçasıdır. Görmez misin evlenme haramlığı da buna itibarla; emzirme nedeniyle olan haramlıktır. Nitekim sıhriyet (evliliğe dayanan akrabalık) haramlığı da insanın aslı olan su (meni/sperm) ile olmaktadır. Asıldan meydana gelen şey de asılla aynı nitelikte olur. İnsan aslen mal olmadığından ondan meydana gelen süt de, tıpkı insandan doğan çocuk gibi mal olmaz. Görmez misin kurbanlık olan hayvanın yavrusu anaya tâbidir. O hayvanın sütü sağıldığında sadaka olarak verilmesi gerekir. Bu nedenle Ebû Yusuf (rh.a.)'tan rivayet edildiğine göre, o, sütü çocuğa kıyas ederek özgür kadının değil, câriyenin sütünün satılabileceğini söylemiştir. Ancak bu görüş kuvvetli değildir. Çünkü çocuğun satılmasının câiz olması kölelik nedeniyle. Bu nitelikte olmayan insan ise satışa elverişli değildir. Sütte kölelik olmaz. Çünkü kölelik, canlı olan şeylerdedir. Kölelik zayıflığı ifade eder. Süt ise canlı değildir. Bunun delili şudur; Sahabiler, alım-satımda aldatılan kişi (satın aldığı cariye başkasına ait olduğu anlaşılan kimse) konusunda sütün değerini ödemeyi gerekli kılmamışlardır. Eğer süt değerli bir mal olsaydı bu, cariye sahibine ait olurdu. Aldatılan kişi bunu telef ettiği için ondan değerini alma hakkı olurdu. Belirttiğimiz şeylerin yararlar (ışgücü) ile ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü özgür kişinin ışgücü de hizmet sözleşmesine konu olabilmektedir. Çünkü ışgücü ayn'dan (insanın maddî varlığından) kaynaklanmamaktadır, bu yararlar ise ayn'da peyderpey meydana gelen arazlardır. Bu nedenle insandan farklıdır.

Biz Hanefiler, sütü yarar gibi kabul ediyoruz. Ancak bize göre yarar telef edildiğinde ödemeye tabi olmaz. Yararlar satış akdine değil, yalnızca kira ve hizmet akitlerine konu olabilirler. İnsan sütü için de aynı durum söz konusudur. Bundan anlaşılmaktadır ki insan sütü kendi başına değerli bir mal değildir. Aksine o ayndır. Kendi başına bir mal olan ayn, tıpkı hayvan sütünde olduğu gibi kira akdi ile elde edilemez. Boya ise böyle değildir. Çünkü kumaş sahibi, boyacı ile sözleşme yaptığından boyanın maddesine sahip olmamaktadır. Aksine boyanın elbise üzerinde bırakacağı rengi elde etmektedir. Ekmek de böyledir. Yine kumaş sahibinin hakkı, çöğen ve sabundan kire gidermesidir. Bu nedenledir ki çamaşırcı, kire ne ile giderirse gidereceği ücreti hak kazanır. Burada ise hizmet sözleşmesi ile elde edilen şey sütün kendisidir. Bundan dolayıdır ki kadın çocuğu hayvan sütü ile beslese ücreti hak edemez. Biz sütün kayıtsız bir biçimde (mutlak anlamda) gıda olmasını kabul etmiyoruz. Süt yalnızca çocukların beslenmesi için, zarureten gıdadır. Çünkü çocuklar genellikle insan sütü ile beslenip büyürler. Nitekim zaruret durumunda ölü hayvan eti de gıda olur. Bu, onun mütekavvim/değer taşıyan bir mal olduğunu göstermez. Bu mesele nikaha benzemektedir. İnsanın cinsel arzusunu karşılama ve üreme ihtiyacı bulunduğu için, kadının cinsel organına (cinsel yararlanma hakkına) nikah akdi ile sahip olunmaktadır. Bu ise ancak insanın kendi cinsinden olan birisi ile mümkün olur. Bu, kadının cinsel organının değerli bir

mal olduğunu göstermez. Ayrıca gıda, kadının memesinde bulunan süttür. Memedeki sütün satılamayacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Sağılarak şişeye konmuş bulunan süttten çocuk çok az gıdalanabilir. Buna izin vermek karışıklığa neden olur. Çünkü bu süt çocuklara içirilir. Bunun sonucu olarak onunla sütün alındığı kadınlar arasında süt emzirme nedeniyle evlenme haramlığı oluşur. Oysa hangi çocuğun kimin sütünü içtiği bilinmez.

Eğer "İnsanların diğer parçaları değerlidir. Bu nedenle telef edildiğinde ödenir. Süt de insanın bir kısmıdır." denilirse, buna şu şekilde cevap veririz: İnsanın aslen değerli bir mal olmadığını açıkladık. Biz telef etmeyle insanın parçalarının ödeneceği görüşünü kabul etmiyoruz. Aksine ödeme, insanın aslında meydana gelen eksilme nedeniyle gerekli olmaktadır. Bu nedenledir ki yara iyileşerek kabuk bağlasa ve insanın dişinin sökülmesinden sonra yerine yenisi çıksa, bu zararları veren kişilerin bir şey ödemeleri gerekmez. Çünkü belirtilen durumlarda aslında bir eksilme meydana gelmemektedir. Sütün telef edilmesinde de insanın bedeninde bir eksilme meydana gelmemektedir. Bu nedenle teleften dolayı ödeme gerekli olmaz.

Eğer "Durum böyle değildir. Cinsel birleşme ile elde edilen, birleşmede şüphe bulunması durumunda, ödemeye tabi olmayan bir bölüm hükmündedir. Halbuki bunun sonucu insan bedeninde bir eksilme meydana gelmemektedir." denilirse buna şu şekilde cevap veririz: "Cinsel birleşme ile elde edilen şey, bir açıdan can hükmündedir. Bundan dolayı onu telef etmekle gerekli olan şeyi ortadan kaldırma konusunda bedelde acele edilmez. Süt ise buna benzemez. Görmez misin o, bedeli verildikten sonra telef etmekle ödenmez. Onun benzeri, değerli olmadığından ödenmez. Biz onun değerli mal olmadığını açıklamıştık."

**Yetişkin
birisinin kadın
sütünü içmesi**

Bir kimsenin tedavi amacıyla insan sütünü burnuna damlatmasında ve içmesinde bir sakınca yoktur. Çünkü bunda bir ihtiyaç ve zaruret bulunmaktadır.

[15/127]

İnsan sütü bir elbiseye bulaştığında onu pisletmez. Çünkü insan aslen temiz olduğu gibi, ondan meydana gelen şeyler de, pis olduğuna dair dinî bir delil bulunmadıkça temizdir. Görmez misin insanın teri ve tükürüğü temizdir. Ayrıca hayatta olan bir kişinin bedeninden ayrılan parçalar ölü oluşuna itibarla pis olur. Sütte ise hayat bulunmadığı gibi, onun için ölüm de söz konusu olmaz. Ayrıca gıdalardan bozulan ve kötü koku çıkaranlar pis olur. Süt ise bu nitelikte olmadığından temizdir.

**Süt annenin,
kendisini
tutanlardan
habersiz başka
bir çocuğu
emzirmesi**

Çocuğun ailesinin haberi olmaksızın süt anne başka bir çocuğu daha ücret karşılığı emzirirse günah işlemiş olur. Bu yaptığı suç sayılır. Çünkü onun süt emzirme işi birinci çocuğun ailesinin hakkıdır. Süt anne, özel işçi konumundadır. Bu nedenle başka çocuğa da süt emzirmesi suç olur. Bununla birlikte her iki taraftan tam ücret alır. Çünkü her iki çocuğun ailesi de amaçlarına ulaşmıştır. Süt annenin, elde ettiği ücretten hiç bir şeyi sadaka vermesi gerekmez. Çünkü kadın

her iki aileden aldığı ücreti kendisine ait olan yararlar sonucu kazanmıştır. Kadının yararları kendi mülküdür.

Müslüman bir kimsenin, kâfir bir kadını veya zina ürünü olan bir kadını, süt anne olarak tutmasında bir sakınca yoktur. Çünkü kötü olan küfür niteliği kadının sütünde değil, inancındadır. Nebîler ve Resûller arasında kâfir olan kadınlar tarafından emzirilen peygamberler bulunmaktadır. Aynı şekilde kadının ahlaksızlığı da süte etki etmez.

Bir kadın kendi evinde çocuğu emzirmek üzere ücretle tutulur da çocuğu aldıktan sonra kendisi emzirmez, hizmet eden câriyesine vererek sözleşme süresince emzirtirse ücrete hak kazanır. Çünkü bu kadın, çocuğu emzirme işini üstlenmiştir. Bunu bizzat yapması gerekmez. Emzirme işi ister kendisi ister hizmetçisi tarafından yapılmış olsun, çocuğun ailesinin isteği yerine gelmiş olur.

Aynı şekilde kadın, bir çocuğu bir yıl emzirdikten sonra sütü çekilse, bir yıl da hizmetçisi emzirse kadın tam ücret almaya hak kazanır. Kadın ve hizmetçi, çocuğu aynı anda emzirdiğinde de kadın tam ücret almaya hak kazanır. Hizmetçi câriye herhangi bir şey alamaz. Çünkü yararlar (ışgücü) ancak bir akitte, anılarak değer kazanır. Koşul konulan şeyin ötesinde ne süt anne, ne de onun hizmetçi câriyesi hakkında belirlenen birşey yoktur.

**Süt annenin
sütünün
çekilip,
çocuğu
başka bir
kadının
emzirmesi**

Süt annenin sütü çekilse de o, çocuğu emzirmek üzere başka bir süt anne tutsa, ikinci süt anne, kararlaştırılan ücreti alır. İlk süt anne de istihsan deliline göre (anlaştıkları) tam ücrete hak kazanır. Kıyasa göre ise ilk süt anne ücret alamaz. Çünkü o, özel işçi konumundadır. Özel işçi, işi yaptırmak üzere başkasını çalıştıramaz. Istihšana göre ise ilk süt anne ücrete hak kazanır. Çünkü bu sözleşme ile amaçlanan, çocuğun kadın sütü ile beslenip büyütülmesidir. Bu amaç da gerçekleşmiştir. Ayrıca süt emzirme, uzun bir süre devam etmektedir. Çocuğun ailesi bu süre içinde süt annenin hastalanabileceğini veya sütünün çekilebileceğini bildikleri halde onunla sözleşme yaptıklarında, amaçlarına ulaşmaları için o kadının bir başka süt anneyi ücretle tutmasına razı olmuşlardır. Kadın, ücretten artan kısmı sadaka olarak verir. Çünkü bu, kendisinin rizikosuna girmeden elde edilen bir kârdır. Bilindiği gibi Peygamber (s.a.v.) rizikosuna girmedeği şeyden kâr elde etmesini (ribh-i mâ lem yazmen) yasaklamıştır.

Bir kimse kendi eşini, çocuğunu emzirmek üzere ücretle tutsa, biz Hanefilere göre kadın ücrete hak kazanamaz.

Şafîî (rh.a.) kadının ücrete hak kazanacağını söylemiştir. Çünkü bu durumda koca, kadını nikah akdi gereği olmayan bir iş için ücretle tutmuştur. Bu nedenle ondan çocuğa süt emzirmesi istenemeyeceği gibi süt emzirmek istemediğinde bunu yapmaya da zorlanamaz. Bu nedenle dikiş dikmek vb. işler için ücretle tutmak câiz olduğu gibi bu da câiz olur. Kadının nikah ile hak ettiği nafaka hakkı, süt emzirme karşılığında hak edilmiş değildir. Çünkü kadın süt emzirmekten

[15/128]

kaçınsa bile nafaka hakkı vardır. Bu, yakın akrabaların nafakalarına benzemektedir. Bu nafaka, süt emzirme konusunda ücretli sözleşme yapmaya engel değildir.

Bizim bu konudaki delilimiz ise şu âyettir:

«وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۚ»

“Anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler.” (el-Bakara 2/233)

Bu âyetteki emzirirler ifadesi “emzirsinler” anlamında kullanılmıştır. Bu, haber sîgası ile ifade edilmiş bir emirdir. Dolayısıyla gereklilik bildirir. Bu âyet, görünüş olarak süt emzirmenin kadın üzerine dinen bir görev olmasını gerektirmektedir. Bu gibi durumlarda ücret ile sözleşme yapmak câiz değildir. Peygamber (s.a.v.)’in

مَثَلُ الَّذِينَ يَغْرُونَ مِنْ أُمَّتِي وَيَأْخُذُونَ الْآجَرَ كَمَثَلِ أُمِّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَتْ تَرْضِعُ وَلَدَهَا وَتَأْخُذُ الْآجَرَ مِنْ فِرْعَوْنَ

“Ümmetimden savaşa çıkıp bunun için ücret alanlar Musâ’nın (selam onun üzerine olsun) annesine benzerler. O kendi çocuğunu emzirir, bunun için Firavun’dan ücret alırdı.”⁶²

Allahu Teâlâ âyetin devamında şöyle buyurmuştur:

«وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ»

“Süt emziren (boşanmış olan) öz annenin örfe uygun olarak beslenmesi ve giyimi çocuğun babasına aittir.” (el-Bakara 2/233).

Burada iddet nafakası kastedilmektedir. Âyetteki bu atıf (bağlantı) nafakanın süt emzirme karşılığında olduğuna işaret etmektedir. Nitekim Allahu Teâlâ’nın;

«وَعَلَى النِّسَاءِ أَنْ يَرْضِعْنَ أَبْنَاءَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۚ» “Onun benzeri (nafaka sağlanması) mirasçı üzerine de gerekir.” (el-Bakara 2/233) âyetindeki ifade bunu göstermektedir.

Bununla kastedilen süt emzirme karşılığı olan şeydir. Kadın süt emzirme karşılığında bir bedel almaya hak kazandığında, koşul koymakla başka bir şeye hak kazanamaz.

Buradaki aklî delil şudur; süt emzirme hukukî açıdan kadının görevi olmasa bile, dinen görevidir. Bu nedenle fetva olarak kadından sütü emzirmesi istenilir. Bunu yapmaya zorlanmaz. Bu gibi durumlarda ücretle sözleşme yapmak câiz değildir. Nitekim kadının evi süpürmesi, kocasının onu öpmesi ve dokunması için ücretle tutulması da câiz değildir. Çünkü nikah akdi ile karı koca arasında, evliliğin amaçları bakımından bir birlik meydana gelmiştir. Çocuk da nikahın amaçlarından biridir. Bu nedenle kadın çocuğu emzirme konusunda, gerçekte kendisi için

⁶² İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/228; Said b. Mansûr, *Musannef*, II/141; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/27.

çalışmış olur. Dolayısıyla da öpme, dokunma ve cinsel birleşme konularında olduğu gibi süt emzirme konusunda da sözleşme yaparak kocasından ücret alamaz.

Yemek pişirme, ekmek yapma, yıkama ve bunun gibi yararı her iki eşe yönelik bulunan tüm ev işleri için de koşul koymakla kadın kocasından ücret alamaz.

Kocanın ticârî işleri ile ilgili bulunan şeylerde çalışma dinen kadının görevi değildir. Bunun yararı kadınla ilgili de değildir.

Ric'î boşama⁶³ durumunda da kadın süt emzirme için kocasından ücret alamaz. Çünkü iddetin devam ettikçe eşler arasındaki evlilik de devam etmektedir. Yarar birliği eşler arasında halen vardır. İddetin bitiminden sonra ise kadının kendi çocuğunu ücretle emzirmesi geçerlidir. Çünkü iddetin bitiminden sonra kadın, kocaya yabancı bir kişi olmuştur. Çocuğu emzirme yükümlülüğü, tıpkı süttten ayrılmadan sonra nafakasını sağlamada olduğu gibi babanın borcudur.

**Ric'î
Boşama**

Aynı şekilde kadın bâin talaktan⁶⁴ dolayı iddet beklerken koca onu çocuğu emzirmek için ücretle tutarsa biz Hanefilere göre bu câiz olur. Hasan b. Ziyâd (rh.a.)'a göre câiz olmaz. Çünkü kadın kocadan nafaka almaktadır. Bu durum boşama öncesine benzer.

Biz şöyle demekteyiz: Nikah nedeniyle eşler arasında bulunan birlik, bâin talakla ortadan kalkmıştır. Bundan sonra çocuğu emzirmek tıpkı diğer ev işleri gibi dinen kadının görevi değildir. Bu nedenle kadının çocuğu emzirmek üzere ücretle tutulması geçerli olur.

İbn Rüstem, Muhammed (rh.a.)'den şunu nakletmiştir: Süt emen çocuğun malı bulunursa, evlilik devam ederken çocuğun malı ile annenin süt anne olarak tutulması câizdir. Çünkü kadının nafakası, çocuğun malından ödenmez. Bu nedenle süt emzirme karşılığında koşul konularak çocuğun malından ücret alabilir. Kocanın malı ise böyle değildir. Çünkü kadının nafakası kocaya aittir. Koca bu gibi işler için kadına nafaka vermeyi üstlenmiştir. Dolayısıyla kadının başka bir ücret daha alma hakkı yoktur.

Koca'nın kadının hizmetçisini ücretle tutması da böyledir. Çünkü hizmetçinin işgücü (yararı) kadının mülküdür. Onun bedeli de tıpkı yararının bedeli gibidir.

Koca, eşinin kitâbet akdi yaptığı câriyeyi süt anne olarak tutsa bu kadın ücret alabilir. Çünkü mükâtep, kendi yararı ve kazançları bakımından özgür gibidir. Şu durum bunu açıklar; koca, eşine nafaka vermekle yükümlü olduğu gibi onun

⁶³ Sırf boşama için konulan sözcüklerle gerçekleştirilen ve üçe varmamışsa iddet içerisinde, tek taraflı olarak kocaya evliliğe dönme hakkı veren boşama.

⁶⁴ Hem boşama hem de başka anlamlar için konulan sözcüklerle gerçekleştirilen ve sayısı üçe varmasa bile iddet içerisinde kocaya tek taraflı olarak evliliğe dönme hakkı vermeyen boşamadır. Bu şekildeki boşanmada sayı üçe varmamışsa, kadın erkek isterlerse yeni bir nikahla evlenebilirler.

hizmetçisinin de nafakasını vermekle yükümlüdür. Ama mükâtebinin nafakasını vermesi gerekmez.

[15/129]

Bir kadının kumasının çocuğunu emzirme karşılığında ücret alması

Koca, başka eşinden doğan çocuğunu emzirmek üzere diğer eşini ücretle tutsa bu sözleşme geçerli olur. Kadın ücrete hak kazanır. Çünkü kumasının çocuğunu emzirmek bu dinen kadının görevi değildir. Fetva açısından da kadına bunu yapması emredilmez. Ayrıca bu, karı-koca arasında devam eden evliliğin amaçlarından da değildir. Kocanın o kadından olma çocuğu ise böyle değildir.

Bir kimse, çocuğunu emzirmek üzere kendi annesi, kızı veya kızkardeşi ile hizmet sözleşmesi yapsa bu câiz olur. Ücreti ödemesi gerekir. Kişinin evlenmesi haram olan bütün yakınları hakkında da aynı hüküm geçerlidir. Çünkü bu kadınların hiç birisi dinen söz konusu çocuğu emzirmekle yükümlü değildir. Bu nedenle o çocuğu emzirmeleri kendilerine emredilemez. Dolayısıyla emzirme için ücret de alabilirler.

Bir kimsenin, yakın akrabası bir kadını süt anne olarak tutması

Bir kimse çocuğunu emzirmek üzere kendi yakınlarından bir süt anne tutsa, çocuk da kendisine iyice alışıp yalnızca onun sütünü emse, daha sonra kadın emzirmekten kaçınsa, bu kadın süt anneliği yapmakla tanınan birisi ise bir özürlü olmadıkça sözleşmeyi terkedemez. Süt anneliği yapmakla tanınmış birisi değilse emzirmekten kaçınabilir. Biz daha önce bu meseleyi yabancı olan süt anneleri hakkında açıklamıştık:

Bir kimse çocuğu emzirmek üzere yabancı kadınlardan süt anne tutsa, bu kadın süt emzirmekle tanınan birisi değilse, karşılaştığı zararı ortadan kaldırmak için süt emzirmekten kaçınabilir. Evlenilmesi haram olan kadınlar hakkında da aynı durum söz konusudur.

Süt annenin çocuğu başka gıdalarla beslemesi

Bir kimse çocuğunu kadına ait evde emzirmek üzere bir süt anne tutsa, kadın da çocuğa koyun sütü verse ve onu kendisi için yararlı diğer gıdalarla beslese, iki yıl dolduğunda kadının sütü bulunsun bulunmasın ücret alamaz. Çünkü sözleşmedeki bedel süt emzirme karşılığındadır. Oysa bu kadın süt emzirmemiş, çocuğa koyun sütü vermiştir. Ayrıca, çocuğun ailesinin istediği çocuk için yararlı olan şeydir. Kadının yaptığı ise çocuğun bünyesi için zararlıdır. İnsanoğlu ancak insan sütü ile sağlıklı bir biçimde beslenip büyüyebilir. Kadın yaptığı işi inkâr ederek "Ben ona kendi sütümü emzirdim." derse yemin ettirilerek sözü kabul edilir. Çünkü görünüş onu desteklemektedir. Çocuğun sağlıklı olması kadının ona kendi sütünü emzirdiğine delil sayılır. Çocuğun ailesi kendi iddiaları için delil getirirlerse, kadın ücret alamaz. Çünkü delil ile sabit olan, karşı tarafın ikrarı ile sabit olmuş gibidir. Her iki taraf da delil getirirse kadının delili kabul edilir. Çünkü o, kendisini ücretle tutan kişilerin zimmetinde alacağı olduğunu ve koşul konulan işi yerine getirdiğini ispat etmektedir. İki delilden ispat eden diğerinden üstün olur.

Ana babası olmayan çocuk için süt annesi tutmak

Bir kimse bir çocuk bularak bunun için süt anne tutarsa bu câiz olur. Çünkü o çocuğun bakımını üstlenmiştir. Süt anne tutmak da çocuğun bakımı ile ilgili

işlerdendir. Bu kişinin ücreti ödemesi gerekli olur. Çünkü o yaptığı sözleşme ile ücreti üstlenmiştir, o bu konuda iyilik yapmaktadır. Çünkü o, bulduğu çocuğun zimmetini borçla yükümlü tutma konusunda yetkili değildir.

Kendisine süt emzirecek bir annesi bulunmayan bütün yetimlerin evlenilmesi haram olacak derecedeki yakınları, bu yetimin malındaki miras paylarına göre süt anne tutmakla yükümlüdür. Çünkü süt anne ücreti, sütten kesilmeden sonraki nafaka gibidir. Nafaka da söz konusu kişiler üzerine miras payları oranında gereklidir. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿وَعَنْیَ الْوَارِثِ مِثْلَ ذَٰلِكَ﴾

“Mirasçıya da bunun bir benzeri vardır.” (el-Bakara 2/233)

“Onu emzirecek bir anne yoksa”, sözü eğer hayatta ise ve sütü varsa diğer yakın hısımlarının değil, annenin emzirmesinin gerekli olduğunu gösterir. Çünkü kadın emzirme hükmü bakımından imkan sahibi, diğer yakınlar ise yoksuldurlar. Bu nedenle süt emzirme, nafakanın aksine diğer yakınların değil, annenin görevidir. Çocuğun velisi yoksa, tıpkı sütten ayrılma durumunda nafakasının karşılanması devlet hazinesine ait olduğu gibi, süt emzirme ücreti hazineye aittir.

[15/130]

Allah daha iyi bilir.

EV VE ODALARIN KİRALANMASI

“Bir kimse başka bir kişiden bir yılığına belirli bir ücret karşılığında ev kiralasa ve bu evi ne için kiralayacağını belirtmese bu câiz olur.”

Ev kiraya tutan kişinin evde yapıp yapamayacağı şeyler

Çünkü bu akitteki amaç örf ile bilinmektedir. Kişi örfle göre evi oturmak için kiralat ve ev bunun için yapılır. Görmez misin eve mesken (oturulacak yer) denilir. Örf ile bilinen bir şey, açıkça koşul konulmuş gibi kabul edilir.

Bu şekilde evi kiralayan kişi orada kendisi oturabileceği gibi, dilediği kişileri de oturtabilir. Çünkü evde oturma insanlara göre değişmez. Ayrıca kişinin evde oturması ancak âilesi, çocukları, bakımını üstlendiği yakın veya uzak kişilerle birlikte olur. Evde çok kişinin oturması eve zarar vermez. Aksine evin mamur olma niteliğini artırır. Çünkü ev, oturan kimse bulunmadığında harap olur.

Kişi, kiraladığı eve istediği kumaş, eşya ve hayvan koyabilir. Çünkü evde oturma ancak bunlarla tamamlanır. Bu örfle bilinmektedir. Kişi evde abdest almak, elbise yıkamak, odun kırmak vb. gibi dilediği işleri yapabilir. Çünkü evde otururken genellikle bu işler yapılır. Bu nedenle söz konusu durumlar evde oturma kapsamına girer. Bu işlerden mutad (normal) olanlar binaya zarar vermez. Eve değirmenci, demirci, çamaşırcı yerleştirme ise bunun aksinedir. Çünkü bu işler eve zarar verir. Kişi, bunu ancak ev sahibinin izni ile ve akit yapılırken koşul koyarsa

yapabilir. Değirmenle kastedilen su değirmeni veya öküzlerin kullanıldığı değirmendir. El değirmenine gelince, kişinin evine bundan koymasına engel olunamaz. Çünkü bu binaya zarar vermez. Ayrıca bu, genellikle evde oturmakla ilgili bulunan işlerdendir.

Özetle söylemek gerekirse, kayıtsız olarak yapılan bir kira sözleşmesinde kiracı, binayı yıpratana veya zayıflatan hiç bir şeyi yapamaz. Ancak akitte bunu koşul koyarsa o zaman yapabilir. Binayı zayıflatmayan şeyleri yapma hakkını ise kayıtsız yapılan akitle elde eder. Çünkü binayı bozmayan oturma, satılan malın kusursuz olma niteliği gibidir. Kişi kayıtsız yapılan bir akitle bunu elde eder. Binayı zayıflatan şeyler ise; satılan malın kaliteli olması, kölenin yazmayı ve ekmek yapmayı bilmesi gibidir. Kişi koşul koymadıkça bu nitelikte mal veya köle almaya hak kazanamaz. Buna göre mutad şekilde odun kırma, binayı zayıflatmaz. Bundan daha fazla olur da binayı zayıflatırsa, ev sahibinin izni olmaksızın yapamaz.

Kişi, aylığı belirli bir ücret karşılığında ev kiralarsa, kiraladığı eve binek hayvanını, devesini, koyununu bağlayabilir. Bu, evde hayvanları bağlamak üzere hazırlanmış bir bölüm, yani ahır bulunduğu böyledir. Evde ahır yoksa, bizim bölgemizde kiracının evde ahır yapma hakkı yoktur. Çünkü Buhara'da evler insanlara bile dar gelmektedir. Bu durumda oraya hayvanlar nasıl sığdırılır? Muhammed (r.h.a.)'in belirttiği hüküm Küfe'de evlerin geniş olması nedeniyle yerleşik olan âdete göre verilmiş bir hükümdür.

Kiracı, evinde dilediği kişiyi oturtabilir. Çünkü onun bir misafiri gelip yanında günlerce kalabilir. Kiracı, ücretli veya ücretsiz olarak evinde bir arkadaşını oturmaya ihtiyaç duyabilir. Daha önce açıkladığımız gibi bu binaya zarar vermez. Dolayısıyla kiracının bunu yapmasına engel olunamaz.

Kiracı, evi kiralamış olduğu bedelden daha yükseğine bir başkasına kiralarsa, fazlalığı sadaka olarak verir. Ancak binada tamir yapmış veya kendisinden bir şeyler katmış ise bu durumda fazlalığı alması kendisine helal olur.

Şafii (r.h.a.)'ye göre bu fazlalık her durumda kişi için helal olur. Şafii (r.h.a.) bu görüşünü kabul ettiği şu temel prensibe dayandırmıştır: Yararlar, hükmen var olan aylar gibidir. Dolayısıyla akit ile kişi bu yararlar için sahip olur. Evin teslim edilmesiyle yarar da teslim edilmiş olur. Bu, şuna benzer; Bir kimse bir şey satın alır ve teslim aldıktan sonra onu satar da kâr ederse kâr kendisine helal olur. Çünkü bu, kendisine helal olan bir mülkten elde ettiği kârdır.

Biz Hanefiler ise şöyle diyoruz: Kiracı evi teslim alsa bile yararlar onun ödeme (riziko) yükümlülüğüne girmemiştir. Ev yıkıldığında kiracının ücret ödeme yükümlülüğünün bulunmaması da bunu göstermektedir. Öyleyse bu kişinin, rizikosunu almadığı bir şeyden elde ettiği kârdır. Oysa Peygamber (s.a.v.);

نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ رِثْعِ مَا لَمْ يَضْمَرْ

Alt kirada
fazla ücret

[15/131]

*"Kişinin ödeme yükümlülüğünü üstlenmediği (rizikosunu almadığı) şeyden kâr elde etmesini yasaklamıştır."*⁶⁵

Ayrıca yararlar, bedel ödeme bakımından mal ve değerli olma hükmünü ancak akitte belirlenmekle kazanır. Nitekim âriyet (iyreti) alan kişi, yarara sahip olsa bile malı kiraya veremez. Çünkü âriyet veren kişi ona "Bu malın yararını sana devrettim. Onun yararını sana ait kıldım." demektedir. Kişi âriyet vermeyi ölüm sonrasına bağlasa, yarar mülkiyeti, lehine vasiyet yapılan kişi için sabit olur. Hayatta iken bu yararı o kişiye verdiğinde de aynı durum söz konusudur. Bununla birlikte kişi iyreti aldığı malı kiraya veremez. Çünkü bu yararlar karşılığında kararlaştırılmış bir bedel yoktur. Bizim meselemizde de aynı durum söz konusudur. İlk akitte kararlaştırılan bedelden daha fazla olan miktarda, yarar karşılığında kararlaştırılmış bir bedel bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk (üst) kiracının, önceki ücretten fazlasını alma hakkı olmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki yararlar ayn gibi değildir. Çünkü hibe yolu ile bir ayn'a sahip olan kişi, onu satarak bedelini alabilir. Ancak ilk (üst) kiracı evin değerini artırıcı bir katkıda bulunmuşsa (eve kendiliğinden bir şey katmışsa) ikinci (alt) kiracıdan aldığı fazla ücret buna karşılık sayılır. Dolayısıyla fazladan aldığı ücret karşılıksız olmamış olur.

Yine ilk kiracı, kiraladığı evi kendi vereceği bedelden başka cins bir mal karşılığında kiraya verirse o zaman fazladan ücret alması câiz olur. Çünkü farklı cinslerdeki fazlalık ancak değer belirlemede meydana gelir. Akit ise bunu gerektirmemektedir. Bedellerin cinsi bir olduğunda ise kişi, bizzat borçlandığı şeyi geriye almakta ayrıca bir de fazlalık elde etmektedir. Bundan dolayı fazlalığı sadaka olarak vermesi gerekir. Çünkü bu, meşru olmayan yolla elde edilen bir kârdır. Bu, şuna benzer; bir malı âriyet olarak alan kişi, onu kiraya verdiğinde elde ettiği ücreti sadaka olarak vermesi gerekir.

Kişi, evi "her ayı" belirli bir ücrete kiraladığında, hem kiraya veren hem kiracı, her ay başında sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir. Çünkü "her" sözcüğü sonu bilinmeyen bir şeye dayandırıldığında en az miktarı ifade eder. Bu nedenle akit yalnızca birinci ay için bağlayıcı olur. Bu ay tamamlandığında her iki taraf da akdi sona erdirebilir. Kiracı ikinci aydan bir ya da iki gün otursa tarafların ikisi de bir özürlü olmadıkça o ay tamamlanıncaya kadar akdi bozamazlar. Çünkü kiracı orada bir veya iki gün oturduğunda taraflar ikinci ayda kiraya karşılıklı olarak razı olmuş sayılırlar. Dolayısıyla birinci ayda olduğu gibi ikinci ay için de akit karşılıklı rıza ile bağlayıcı olmaktadır.

*Zâhirü'r-rivâye'*ye göre akdin tarafları giren ayın ilk gecesi ve gündüzü, akdi devam ettirip ettirmeme konusunda seçim hakkına sahiptir. Çünkü bu, ay başıdır. Sonraki âlimlerimizden birisi şöyle demiştir: Her iki taraf hilalin görülme anında

Aylık tutulan ev için kira akdinin sona erdiği zaman

⁶⁵ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II/174; Ebû Dâvûd, *İcâre* 70; Tirmizî, *Buyû'* 19; Nesâî, *Buyû'* 71.

seçim hakkına sahiptir. Öyle ki hilal görüldükten sonra bir an geçse akit bağlayıcı duruma gelir. Bu, aynı zamanda kıyasa uygun olan görüştür. Ancak bunda bir tür zorluk bulunmaktadır. Bu zorluğu gidermek için Muhammed (rh.a.) "Her iki taraf ayın ilk gününde seçim hakkına sahip olur." demiştir.

Bir kimse aylığı belirli bir ücrete ev kiralasa fakat akdin hangi aydan itibaren başlayacağını bildirmese, biz Hanefîlere göre evi kiraladığı tarihten başlar.

Şafiî (rh.a.) ise şöyle demiştir: "Kiranın başlangıç süresi akde bitişik olmadıkça yapılan akit geçerli olmaz. Bu da ancak koşul ile bitişik olur. Çünkü kişi, herhangi bir kayıt belirtmeksizin "ay" sözcüğünü kullandığında, bu akdin başlangıç tarihi olmak üzere aylardan biri diğerinden daha öncelikli değildir. Süredeki bilinmezlik de kira akdini bozar. Çünkü kişi ayı belirsiz bırakmıştır. Akde bitişik olan ay ise belirlidir. Belirsiz olarak ifade edilen bir sözden belirli bir ay anlaşılmaz. Görmez misin kişi "Bir ay oruç tutmak Allah için borcum olsun." dese, bir belirlemede bulunmadıkça bu adaktan sonra gelen ayda oruç tutması gerekmez.

Biz Hanefiler ise şöyle diyoruz: Tüm tarihler kira akdi hükmü açısından eşittir. Bu gibi durumlarda nedeni (akdi) izleyen zaman, akdin başlangıcı için belirlenmiş olur. Nitekim vadeye bağlanan borçlar ve yeminlerde böyledir. Kişi bir kimseyle bir ay boyunca konuşmayacağına yemin etse, yemini izleyen ay belirlenmiş olur. Çünkü hükmün, onu gerektiren nedenden sonra olması ancak bunu geri bırakan bir şeyle olur. Oysa zamanların eşit olduğu konuda, geri bırakan bir şey bulunmaz. Oruç meselesi bundan farklıdır. Çünkü oruca başlamanın belirli bir zamanı vardır. Nitekim gece, oruç tutmaya elverişli bir zaman değildir. Aynı şekilde Ramazan ve Kurban bayramı günleri ile teşrik günleri de oruca elverişli zamanlar değildir.

Şu durum bu meseleyi açıklamaktadır: Oruca başlamak ancak kişinin kesin kararı ile olur. Bu, nedene bitişmemiş olabilir. Yararın akde girmesi ise kişinin akit dışında başka bir nedeni gerçekleştirmesini gerektirmez. Bu nedenle kişinin akitten sonra yaptığı şeyler, bir engel bulunmadıkça akdin içine girer.

Akit, ayın ilk gününde yapılmış ise ay süresi, tam olsun, eksik olsun hilal ile hesaplanır. Akit, ayın ortasında yapılmış ise ay otuz gün üzerinden hesaplanır.

Çünkü ayları hesaplama hilal esastır. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ بِلَدِّسِ وَأَنْحِجْ﴾

"Sana, hilal şeklinde yeni doğan ayları sorarlar. De ki: Onlar, insanlar ve özellikle hac için vakit ölçüleridir." (el-Bakara 2/189)

Peygamber de buna şu sözü ile işaret etmiştir:

صَوْمُوا لِرُؤْيَيْتِهِ وَأَفْضَرُوا لِرُؤْيَيْتِهِ فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْبَلُوا شُعْبَانَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا

*"Ramazan hilalini görünce oruca başlayın, Şevval hilalini görünce orucu bırakın. Hava bulutlu olur da Ramazan hilalini göremezseniz Şaban ayını otuz güne tamamlayın."*⁶⁶

Bedele, ancak asla itibar etmek mümkün olmadığında başvurulur. Buna göre; bir kimse hilal görüldüğünde evi bir aylığına kiralamışsa, bu durumda asla itibar etmek mümkündür. Kiracı diğer ayın hilali görülünceye kadar oturma hakkına sahiptir. Kiralama ayın içinde olmuşsa ayı hesaplamada hilâle itibar etme imkânsız duruma gelmiştir. Bu nedenle bir ay, otuz gün üzerinden hesaplanır.

Kişi bir malı bir aydan daha fazla bir süre için kiralarsa biz Hanefilere göre belirli bir süre için kiralarsa, süre uzun veya kısa olsun akit geçerlidir.

Şafiî (rh.a.)'ye göre bir yıldan daha uzun bir süre için kira câiz değildir. Şafiî'nin diğer bir görüşüne göre ise, otuz yıla kadar kiralamak câiz, daha uzun süreli kiralamak câiz değildir. Bir başka görüşüne göre ise ebediyyen kiralamak câizdir.

İlk görüşünün dayandığı delil şudur; Kira akdi, ihtiyaç nedeniyle câiz olmuştur. Arazi vb. bazı şeylerde ihtiyaç ancak bir yılda tamamlanır. Bir yılın üstünde bir süreye ihtiyaç yoktur. İkinci görüşünde ise şöyle demektedir: Âdete göre bir kimse otuz yıldan daha uzun süre kirada pek nâdir oturur. Çünkü bu kimsenin amacı bir yerde bundan daha fazla oturmaksa evi satın alır. Son görüşünde de şöyle demektedir: Yararlar, var olan ayn'lar gibidir. Ayn üzerine yapılan akit, zaman sınırlaması olmaksızın câiz olduğu gibi, yarar üzerine yapılan akit de aynıdır.

Biz Hanefilerin bu konudaki delilimiz ise şudur; Akit konusunu belirlemek gereklidir. Yarar ise ancak sürenin açıklanması ile bilinebilir. Çünkü yararlar peyderpey meydana gelir. Bu nedenle miktarı bilinebilen şeylerde ölçü ve tartı ne ise, yararlar için de süre aynı şeyi ifade etmektedir. Miktarı bilinen şeyler nasıl ki yalnızca ölçü ve tartının bildirilmesi ile bilinir ise, yararlar da miktar ancak sürenin belirlenmesi ile bilinir. Sürenin belirlenmesinden sonra ise, akdin konusu (yarar süresi) az olsun çok olsun akit câiz olur. Bir yıldan daha uzun süreli kiralamanın câiz olduğunu şu âyet göstermektedir:

﴿قُلْ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي بِسَابِي حَجَجٍ فَإِنْ أَمْسَتْ عَشْرًا فَسَ عَسَلُكَ ۝﴾

"(Şuayb dedi ki:) Bana sekiz yıl çalışmana karşılık şu iki kızımdan birini sana nikahlamak istiyorum. Eğer on yıla tamamlarsan artık o kendindendir." (el-Kasas 28/27).

Ayrıca satımda vade olmaya elverişli bir yıl vb. gibi her türlü süre kira akdinde süre olarak koşul konulabilir.

**Kirada
süre
sınırlaması**

⁶⁶ Buhari, Savm 11; Müslim Sıyam 4, 18; İbn Mâce, Sıyam 7; Ebû Dâvûd, Sıyam 7; Tirmizî, Savm 2; Nesâî, Sıyam 9.

[15/133]

Yıllık
olarak
yapılan
kiranın
başlama
ve bitiş
zamanı

Bu meseledeki akli delil de şudur: Kira akdinde koşul olan, taraflar arasında anlaşmazlık kalmayacak şekilde sürenin bildirilmesidir.

Bir kimse, bir evi gelecek yıl oturmak üzere kiralasa, akit de hilalin görülme anında yapılmış olsa yıl hilaller göz önüne alınarak on iki ay olarak hesaplanır. Akit ay ortasında yapılmış ise Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre yıl üç yüz altmış gün olarak hesaplanır. Bu görüş Ebû Yusuf (rh.a.)'tan da rivâyet edilmiştir. Muhammed (rh.a.)'e göre ise bir ay günlere göre on bir ay da hilallere göre hesaplanır. Ebû Yusuf (rh.a.)'tan bu görüş de rivâyet edilmiştir.

Bu görüşün delili şudur; Ayları hesaplamada hilaller asıl, günler de bedeldir. İlk ayın hilale göre hesaplanması mümkün değildir. Diğer on bir ayda ise asla yani hilale itibar etmek mümkündür. Dolayısıyla bedele başvurmak anlamsızdır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünün delili şudur; Söz konusu olayda kira akdinin başlangıcı ittifakla günlere göre belirlenir. Bundan sonraki sürenin tümünde de aynı durum söz konusudur. Çünkü sürenin tümü akitte tek bir belirleme ile sabit olmuştur. Bu hükmün gerekçesi şudur; ilk ay tamamlanmadıkça ikinci ay girmez. İlk ayın başlangıcı, ayın yarısında olduğu gibi tamamlanması da giren ayın yarısında olur. Akdin ikinci ayı, ay ortasında başladığı için bunda da günler üzerinden hesap yapmak gerekir. Böylece tüm aylarda aynı durum söz konusu olur.

Muhammed (rh.a.) "Boşama (Talak)" konusunda "İddet" bölümünde şöyle der: İddet günlere göre hesaplanır. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'tan rivayet edilen iki görüşten birine göre kira akdi ile iddet arasında bu bakımdan fark yoktur. Muhammed ve Ebû Yusuf (rh.a.)'tan yapılan diğer rivayete göre kira akdi ile bu mesele birbirinden farklıdır. Şöyle ki; kira, birbirinden farklı akitlerden oluşmaktadır. Hilalin görünmesiyle akit yenilenir. Bu nedenle hilal görüldüğünde taraflar akdi aynı koşullarla yenilemiş sayılırlar. Bu nedenle on bir ay hilale göre hesaplanır. Oysa aynı durum iddette bulunmamaktadır. Çünkü iddetin tümü tek bir şey hükmünde olduğundan, sürenin tamamı gün hesabına göre yapılır.

Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Bir kimse bugünden başlamak üzere bir yılığına ev kiralasa, akdin yapıldığı gün de ayın on dördüncü günü olsa kiracı ayın kalan kısmında günlere göre, on bir ay boyunca hilallere göre, son ay da on altı gün oturur."

Bu yanlış bir hükümdür. Doğrusu, bazı rivayetlerde yer aldığı gibi şu şekildedir: "Bir kimse ayın bitmesine on dört gün kala bir ev kiralasa..." Çünkü ilk aydan on dört gün geçtiğinde kişi akitten sonra o ay on altı gün oturmuş olur. Dolayısıyla sürenin sonunda otuz günün tamamlanması için son ayda on dört gün oturabilir. Halbuki o rivayette "On altı gün oturur." demektedir. Doğru olanın "Ayın bitmesine on dört gün kala kiralasa" şeklindeki rivayet olduğu anlaşılmaktadır.

Bir kimse evin üst katında bir oda ve yola doğru açılan gölgelikten bir ev kiralasa bu câiz olur. Çünkü bu ikamet olarak yararlanmak için hazırlanmış bir evdir.

Bir kimse kumaş beyazlatıcılığı (kassar) yapmak üzere bir ev kiralasa, orada demircilik yapmak istese, eve verdikleri zarar miktarları aynı ise, yahut da demirci daha az zarar veriyorsa bunu yapabilir. Demircilik daha çok zarar veriyorsa demircilik yapamaz. Değirmen de böyledir. Çünkü akitteki koşullar bir yarar ifade ediyorsa, bu koşullara uyulur. Bir yarar ifade etmiyorsa uyulmaz. Ev sahibi açısından bu koşulun/sınırlandırmanın yararı şudur; Onun binasını zayıflatmayan veya bozmayan bir şeyin zararı, koşul konulan şeyin benzeri veya ondan fazla olmaz. Bundan anlaşılmaktadır ki bu ev sahibine zarar vermemektedir. Evin yararı, kiracının mülkü olmuştur. Bir insan da kendi mülkünde, başkasına zarar vermemek kaydıyla dilediği şekilde tasarrufta bulunabilir. Ancak yapacağı şey, eve vereceği zarar bakımından anlaştıkları işten daha fazla ise, bu durumda ev sahibini razı olmadığı bir zararla yüz yüze bırakmaktır. Bunu yapmasına engel olunur.

Müslüman, zimmî, müste'men (eman ile İslâm ülkesine girmiş olan harbî), özgür, ticaret yapmasına izin verilen köle, mükâtep kira akdi bakımından eşittir. Çünkü kira akdi ticârî akitlerdendir. Söz konusu kişiler de bu bakımdan birbirine eşittir.

Bir zimmî, Müslüman bir kişiden Kûfe'de yıllık belirli bir dirhem karşılığında ev kiralasa, kiracı evde cemaate açık olmayan yalnızca kendisine ait bir ibadethane yapmak istediğinde ev sahibi bunu engelleyemez. Çünkü kiracının evde oturma hakkı vardır. İbadet etmek de evde oturma hakkı kapsamındadır. Evi kiraya tutan zimmî (İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslim), evde topluma açık bir ibadethane yapıp, çan çalmak isterse ev sahibi buna engel olabilir. Bu, evin sahibi olduğu için değil, münkere/kötülüğe engel olma açısından. Bilindiği gibi zimmîlerin, Müslüman şehirlerinde yeni kilise yapmalarına engel olunur. Ev sahibi bunu engelleme yetkisine sahip olduğu gibi her bir Müslüman da bunu engelleme yetkisine sahiptir. Bunun nedeni Peygamber'in (s.a.v.) şu sözüdür:

لا خضاء في الإسلام ولا كنيسة

"İslâm'da erkeğin yumurtalarını çıkarmak (hadım etmek) ve kilise edinmek yoktur."⁶⁷

Burada Müslüman şehirlerinde yeni kilise edinilmesi kastedilmektedir. Hadiste yer alan خضاء kelimesi de iki şekilde yorumlanmıştır:

Bir iş yapmak için kiralanan dükkanda, başka bir iş yapmak

[15/134]

Gayr-i Müslim kiracının, evde ibadethane açması

İslam ülkesinde yeni kilise yapmak

⁶⁷ Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, X/24.

Birincisi; İnsanın yumurtalarının çıkarılmasıdır. Bu yasaklanmıştır. Bu, şeytanın insana yapmasını emrettiği kötülüklerden birisidir. Nitekim Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

وَلَا مَرْتَبَهُمْ فَلْيَغْيِرْنَ خَلْقَ اللَّهِ

“(Şeytan şöyle dedi): Şüphesiz onlara emredeceğim de Allah’ın yarattıklarını değiştirecekler.” (en-Nisâ 4/119).

İkincisi; Allah’a yaklaşmak ve kötülüklerden sakınma amacıyla kadınlarla birlikte olmaktan kaçınmaktır.

Özetle söylemek gerekirse zimmîlerin Müslüman şehirlerinde oturmasına engel olunmaz. Müslümanların evlerini zimmîlere satmaları ve kiraya vermeleri câizdir. Ancak zimmîlerin sayısı, Müslüman cemaatini azaltacak şekilde olursa bu durumda; hırsızlardan ve toplumsal karışıklıklardan güvende olacak bir biçimde, Müslümanların oturduğu bölgelerden uzak şehrin kenarlarında (varoşlarında) oturmaları emredilir.

Zimmîlerin, Müslüman şehirlerinde yeni kiliseler ve havralar yapmalarına engel olunur. Bir zimmî kiraladığı evde herkese açık bir ibadethane yaptığında bununla yeni bir kilise yapmış olmaktadır. Aynı şekilde zimmîlerin Müslüman şehirlerinde açıktan şarap satmalarına da engel olunur. Çünkü bu, Müslümanları hafife alma anlamına gelmektedir. Biz, onlara kötülüğü açıktan yapmaları için zimmet vermiş değiliz. Bu nedenle onların açıktan bu işleri yapmaları yoldan çıkma anlamı taşır. Durumdan haberdar olan her Müslüman buna engel olabilir. Bu konuda ev sahibi ile diğer Müslümanlar eşittir.

Yine zimmîlerin Müslüman şehirlerinde; açıktan şarap içmeleri, müzik aletlerini çalmaları, sarhoş olarak sokaklara çıkmaları engellenir. Çünkü söz konusu fiiller Müslümanları küçümseme anlamı taşımaktadır. Saydığımız bu fiiller Kûfe’de değil de Sevad veya Cebel’de⁶⁸ olsa, kiracı burada dilediğini yapabilir.

Ebû'l-Kâsım es-Saffâr (rh.a.) şöyle der: Bu hüküm Kûfe’nin Sevad topraklarına dahil olan bölümünde geçerlidir. Çünkü orada oturanların çoğunluğu (Allah lanet etsin) Yahûdîler ve Râfîzîlerdir. Bizim bölgemizde ise şehir içinde olduğu gibi, Sevad topraklarına dahil olan yerlerde de zimmîlerin bunları yapmaları engellenir. Çünkü bizim bölgemizde o bölgelerdeki köylerde oturanların çoğunluğu Müslümanlardır. Söz konusu bölgelerde tıpkı şehirlerde olduğu gibi cemaatle namaz kılınmakta, dersler yapılmakta vaaz meclisleri bulunmaktadır.

Zâhirü'r-rivâye’deki hükmün delili ise şudur: Şehirler; namazların cemaatlerle kılınması, cezaların (hadlerin) uygulanması, Islâmî hükümlerin uygulanışı gibi konularda dinin açıktan yaşandığı bölgelerdir. Böyle Müslüman şehirlerinde

Gayr-i müslimlerin Müslüman şehirlerinde, İslam’ın günah saydığı şeyleri yapmaları

⁶⁸ Köylerde veya dağlarda.

zimmîlere ait ibadethanelerin yapılması Müslümanlara karşı gelme anlamını taşımaktadır. Köyler ise dinin bildirilme yerleri değildir. Bu nedenle zimmîlerin köylerde kilise yapmalarına engel olunmaz.

İlk görüş bana göre daha doğrudur. Çünkü şehirlerde bunun yapılmasının engellenmesiyle bazı bilgisiz Müslümanlar fitneye düşmemiş olur. Görmez misin zimmîler bu fiilleri açıktan yapmadığında kendi aralarında dilediklerini yapmalarına engel olunmaz. Köylerde bu fiillerin açıktan yapılması ile bazı Müslümanların fitneye düşmesi korkusu daha fazladır. Çünkü köylerde halk, şehirlerdekine oranla daha bilgisiz olur. Peygamber (s.a.v.) şu sözü ile buna işaret etmiştir:

أَهْلُ الْقُنُورِ هُمُ أَهْلُ الْكُفُورِ

"Kabirdekiler köylüler gibidirler." (Bilgisizlikleri nedeniyle köylüler kabirdekiler gibidirler).⁶⁹

Bu konuda gerekçenin bizim belirttiğimiz şey olduğuna dair delil Peygamber'in (s.a.v.) şu sözüdür:

أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُشْرِكٍ لَا تَرَانِي تَارَاهُمَا

"Ben, şirk koşan bir kişi ile birlikte olan her Müslümandan uzağım. (Çünkü) Müslüman ve Müşrikin ateşleri birbirini görmez (görmemelidir)."⁷⁰ Yine bir hadiste şöyle buyurmuştur:

"Müşriklerin yaktığı ateşin ışığı ile aydınlanmayın."⁷¹

Kiracı Müslüman olur da kiraladığı evde günahkârlık (fasıklık) ve kötü işler yaparsa, yahut da oraya içki içmek üzere insanları toplarsa, ev sahibi tüm bunlara engel olur. Bu engelleme, eve sahip olduğu için değil, kötülükleri engelleme (nehyi ani'l-münker) yoluyadır. Çünkü kötülüklerle engel olmak her Müslümana farzdır. Bu konuda ev sahibi ile diğer Müslümanlar eşittir. Ev sahibi aradaki akit nedeniyle kiracı Müslüman olsun zimmî olsun onu evden çıkaramaz. Çünkü kira akdi

Kiracının evde günah olan şeyler yapması durumunda ev sahibinin akde son vermesi

⁶⁹ Burada kastedilen ülkemizde olduğu gibi muhtarı, bekçisi, okulu olan ve şehir hükmünde olup Cuma namazı kılınan köyler değildir. Kastedilen; temizlik nedir bilmeyen, kaba-saba, duygu ve düşünceden yoksun, din, iman, İslam bilgilerinden mahrum kalmış, hak ve hukukun olmadığı, hakkın değil kuvvetin üstün tutulduğu ve kuvvetlinin zayıfı ezdiği, medeniyetten, kültürden uzak insanların oluşturduğu gruplardır. Ayrıca hadis, kaynaklarda أَهْلُ الْقُنُورِ أَهْلُ الْكُفُورِ "Köylüler, (Bilgisizlikleri nedeniyle) ölümler gibidirler." şeklinde yer almaktadır. Bkz. Aclûnî, Keşfu'l-hafâ, I/305. Ayrıca bkz. Nevevî, el-Minhâc şerhu Sahîhi Müslim, VIII/204. Benzer bir hadiste ise Resûlullah (s.a.v.)'ın Sevbân (r.a.)'a hitâben: كَسِبَ الْقُورُ "Köylerde oturma! Çünkü köy halkı, (bilgisizlikleri nedeniyle) kabir halkı gibidir." söylediği rivayet edilmiştir. Bkz. Buhârî, el-Edebü'l-müfred, s. 203; Beyhakî, Şuabu'l-îmân, VI/68.

⁷⁰ Ebû Dâvûd, Cihad 95; Tirmizî, Siyer 42; Taberânî, el-Mu'cemü'l-kebîr, II/303; Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, VIII/130.

⁷¹ Ahmed b. Hanbel, Müsned, III/99; Nesâî, Zînet 51; Beyhakî, es-Sünenü'l-kübrâ, X/127.

bağlayıcı bir akit olup ancak bir özür nedeniyle bozulabilir. Özür, akdi bozma ile ortadan kalkan bir zarardır. Belirttiğimiz durum ise bu özür kapsamında olmadığından, ev sahibi bu gerekçeye dayanarak akdi bozamaz. Görmez misin bir kimse evi bir başka kişiye satsa daha sonra alıcı, evde belirttiğimiz kötülükleri yapsa, satıcının akdi bozma hakkı bulunmaz. Kira akdinde de aynı durum söz konusudur.

**Kiralanan
evde
meydana
gelen bir
zararın
icâre
akdine
etkisi**

Kiralanan evin bir duvarı çöker de kiracı bu nedenle evden ayrılmak isterse bakılır; bu çökme evde oturmaya zarar vermiyorsa kiracı evi terketme hakkına sahip değildir. Çünkü akitle elde edilen şey evde oturmaktır. Bu, meydana gelen durumla değişikliğe uğramış değildir. Bu, şuna benzer; bir kimse kendisine hizmet etmek üzere ücretle bir köle tutsa, daha sonra kölenin tek gözü kör olsa ve bu, kölenin hizmetine engel olmasa, onu tutan kişinin akdi bozma hakkı yoktur. Eğer duvarın çökmesi evde oturmaya engelleyecek boyutta ise, kiralama amacıyla bir kusur meydana geldiğinden, kiracı evi terkedebilir. Oturmak üzere tutulan bir evde sonradan meydana gelen kusur, hizmet etmesi için kiralanan kölenin hastalanmasına benzer. Daha önce geçtiği üzere, kiracı evi teslim aldığı anda evin yararı kendisinin ödeme yükümlülüğüne girmez. Evi teslim almadan önce veya sonra, akit konusu şeyi değiştiren bir durumun meydana gelmesi eşittir. Ancak söz konusu durumda ev sahibi, akit bozulmadan önce evi onarırsa, kusur ve sözleşme konusunda değişiklik meydana getiren şey ortadan kalktığı için, kiracı akdi bozamaz. Bu, hasta olan kölenin iyileşmesine benzer.

Kiracı (akdi bozacaksa) ancak ev sahibinin bulunduğu yerde akdi bozma yetkisine sahiptir. Ev sahibinin bulunmadığı bir yerde akdi bozamaz. Çünkü bu, maldaki kusur nedeniyle malın geri verilmesine benzer. Bu nedenle geri verme hükmü diğer kişi hakkında da bağlayıcı olduğu için, ancak kiraya veren kişinin yanında yapılabilir. Alınan malın kusurlu çıkması nedeniyle verilmesinde olduğu gibi, burada da teslim alma öncesi ile sonrası eşittir. Bu durumda iken kiracı, ev sahibinin orada bulunmadığı bir zamanda evden ayrılrsa, sanki oturmaya devam ediyormuş gibi ücreti ödemesi gerekli olur. Çünkü akit devam etmektedir. Kiracı, meydana gelen değişikliklerle beraber yarardan yararlanma imkânına sahiptir. Dolayısıyla ücreti ödemesi gerekir. Aynı şekilde, ev sahibinin bulunduğu durumda evde oturunca da kirayı ödemesi gerekli olur. Çünkü kiracı, akit konusu şeyde meydana gelen değişikliğe razı olduğunda ücrette bir indirim yapamaz. Nitekim maldaki kusura razı olan alıcı da malın değerinde indirim yapamaz.

[15/136]

Ev tamamen göçerse kiracı, ev sahibi bulunsun bulunmasın evi terkedebilir. Bu konuda Hanefî âlimlerimizin (rh.a.) izlediği iki yol vardır:

**Kiralık evin
yıkılmasıyla
akdin
kendiliğinden
bozulması**

Birincisi: Tüm binanın çökmesi ile kiralamanın amacı olan oturma yararı ortadan kalktığından akit kendiliğinden bozulur. O ev, bina var iken oturulacak bir yerdir. İlk mesele bundan farklıdır. Çünkü orada akdin konusunda değişiklik

meydana gelmektedir. Görmez misin harap olan yerleri oturmak üzere başlangıçta kiralamak câiz değildir. Aynı şekilde ev harap olduğunda akit devam etmez. Akit kendiliğinden bozulunca, ev sahibi var olsun olmasın ücret düşer. Çünkü onun bulunması, akdi kasıtlı olarak bozma durumunda koşuldur. Akit hükmen bozulduğunda ev sahibinin bulunması koşul değildir.

İkincisi; -ki bu yol daha doğrudur- Kira akdi evin yıkılması ile kendiliğinden bozulmaz. Muhammed (rh.a.) "Sulh" konusunda bunu açıkça ifade ederek şöyle demiştir: "Bir kimse başka bir kişi ile bir evde oturmak koşuluyla sulh yapsa, daha sonra ev yıkılsa yapılan sulh geçersiz duruma gelmez".

Hişam, Muhammed (rh.a.)'in şöyle dediğini rivayet etmiştir: "Bir kimsenin kiraladığı ev yıkılsa, ev sahibi binayı yeniden yapsa ve kiracı kalan sürede burada oturmasını istese, ev sahibi buna engel olamaz." Bu ifade akdin bozulmadığına delildir. Ayrıca evin bulunduğu yer, bina yıkıldıktan sonra da meskendir. Nitekim orada çadır kurmak suretiyle oturmak mümkündür. Bu yüzden akit devam eder. Ancak kiracı, akitle amaçladığı şekilde evde oturma yararını elde edemediğinden ücret ödemek zorunda değildir. Çünkü ücretin gerekli olması için oturma yararını elde etme koşuldur. Görmez misin bir gaspçı, kiracının evde oturmasını engellese, onun kira bedelini ödemesi gerekmez. Bina yıkıldığında da aynı durum söz konusudur. Ancak evin bir duvarının yıkılması bundan farklıdır. Çünkü bu durumda kiracı, akitle amaçladığı şekilde oturma imkânına sahiptir. Dolayısıyla akdi ev sahibinin yanında bozmadığı sürece ücreti ödemesi gerekli olur.

Bir kimse bir yılığına bir ev kiralasa ve ay doluncaya kadar ev kendisine teslim edilmese, kiracı teslimi istemiş olsun ya da olmasın taraflar olayı mahkemeye götürdüklerinde bize göre kiracı, sürenin geri kalan kısmında evi teslim almaktan, ev sahibi de evi teslimden kaçınamaz.

Şafîî (rh.a.) şöyle demiştir: "Kiracı, sürenin geri kalan kısmında akdi bozma yetkisine sahiptir." Onun bu görüşü daha önce açıkladığımız gibi, kendisinin kabul ettiği yararların var olan ayn hükmünde kabul edilmesi prensibine dayanmaktadır. Dolayısıyla evi teslim almadan önce akit kapsamında olan yararların bir bölümü ortadan kalktığında, akit bir olduğundan, kiracı sürenin geri kalan kısmında seçim hakkına sahip olur. Çünkü yapılan akit teslim öncesinde bu şekilde bölündüğünde kiracı sürenin kalan kısmında aynı akdi devam ettirip ettirmeme konusunda seçim hakkına sahip olur. Bu meselede de akit, tamamlanmadan önce kiracı açısından bölünmüştür. Bu da kiracıya bozma hakkını verir. Bu, şuna benzer; Bir kimse iki şey satın alsa, bunlardan birisi teslim almadan telef olsa alıcı seçim hakkına sahip olur.

Şu durum bunu açıklamaktadır; Bir kimse amacı bir ay kullanmak olduğu halde bazen bir yılığına ev veya dükkan kiralayabilir. Nitekim hac zamanında Mekke'ye hac için giden kişiler bunu yapmaktadır. Kiraya veren kişi, kiracının istediği zaman evi teslim etmediğinde "Ev sahibinin bundan sonra evi kiracıya

**Yapılan kira
akdinden
sonra
kiralananın
kiracıya
tesliminin
gecikmesi**

teslim etmesi gerekir.” dersek kiracı bundan zarar görür. Bu zararı gidermek için kiracıya bozma hakkı vermiş bulunuyoruz.

Biz Hanefîlere göre ise kira akdi birbirinden farklı akitler hükmündedir. Daha önce de açıkladığımız gibi meydana gelen yarara göre akdin kuruluşu sürekli yenilenmektedir. Akdin bu şekilde bölünmesiyle yapılan anlaşma bölünmüş/değişmiş olmamaktadır. Bir akitte, akdin konusunun ortadan kalkması diğer bir akdi etkilemez. Satım akdi ise böyle değildir.

Şu mesele bunu daha da açıklamaktadır: Bir kimse iki ev kiralayıp bunları teslim alsa, daha sonra evlerden biri yıkılsa, diğer ev konusunda seçim hakkı yoktur. Kiracı evi teslim almakla yararlar kendisinin ödeme yükümlülüğüne girmemiştir. Bu nedenle akit tamamlanmadan önce akit bölünmüş olmaktadır. Çünkü akdin tamamlanması akit konusu şeyin kiracının ödeme yükümlülüğüne girmesiyledir. Bununla birlikte kendisi lehine bozma hakkı doğmaz. Evin yıkılması teslim almadan önce olduğunda da aynı durum söz konusudur.

[15/137]

Kiralanan evin bir bölümünün ev sahibi tarafından kullanılması

Ev sahibi kendi eşyalarının bulunduğu bir oda dışında evi kiracıya teslim ederse, kira bedelinden bu odaya denk gelen kısım düşülür. Çünkü kira bedeli, yararın elde edilmesiyle gerekir. Bu da ancak elde edilen yarar miktarınca olur. Evin tümünü teslim edip daha sonra bir odasını geri alması durumunda da aynı hüküm geçerlidir. Çünkü ev sahibi bu odayı geri aldığı anda, kiracının bu odadan yararlanmasını önlemiştir. Bu durumda tıpkı bu odayı baştan teslim etmemiş gibi olmaktadır. Görmez misin ev sahibi evin tümünü kiracıdan geri alsa, ücret vermesi gerekmez. Parça bütüne kıyas edilir.

Kiralanan evin, kiracıdan gaspedilmesi

Yabancı bir kimse evi kiracıdan gaspetse, gasp süresi boyunca kiracının ücret ödemesi gerekmez. Çünkü kiracının akit konusu olan evden yararlanması durumu ortadan kalkmıştır.

Vade koşul konulmuş olsun veya olmasın bir evin, nitelikleri belirtilmiş ölçülen ve tartılan şeyler karşılığında kiraya verilmesi câizdir.

Kira akdinde bedel olmaya elverişli olan mallar

Çünkü kira akdindeki ücret, satım akdindeki bedel (semen) gibidir. Kira akdi de bir çeşit satıştır. Satışta bedel olmaya elverişli olan şey, kira akdinde ücret olmaya da elverişlidir. Satım akdinde, ölçülen ve tartılan şeyler, peşin olsun veresiye olsun semen olmaya elverişlidir.

Kumaş, nitelikleri belirtilince ancak veresiye olduğunda bedel olması câiz olur. Hayvan da ancak belirlendiğinde (peşin verildiğinde) kira bedeli olması câiz olur. Bu, yarar maldır, diyenlerin görüşüne uygundur. Eğer peşin değilse bu açıktır. Çünkü hayvan bir malın bedeli olarak zimmette deyn/borç olmaz. Yarar mal değildir, diyenlerin görüşüne göre ise, hayvan, bedel konusunda insanlara kolaylık göstermeye dayalı akitlerde, zimmette ancak mal olmayan bir şeyin bedeli olarak sabit olabilir. Bu da ancak, meşrû kılınışı mal elde etmeye yönelik olmayan akitlerdir. Kira akdi ise bedel konusunda inceden inceye araştırılan/üzerinde

önemle durulan akitlerden olup, satış akdi gibi mal kazanma amacıyla meşru kılınan bir akit. Belirli olmayan hayvanın değerinde bilinmezlik vardır. Bu nedenle kira akdinde ücret olarak sabit olmaz.

Kişi, belli bir köle karşılığında bir ev kiralasa, taraflar evi ve köleyi birbirine teslim etmeden, ev sahibi köleyi özgür kılsa, bu özgür kılma geçerli olmaz. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi ücret ayn (peşin verilen belirli bir mal) olduğunda, bizzat akitle ona sahip olunmaz. İnsanın sahip olmadığı köleyi özgür kılması ise geçersizdir. Kiracı köleyi ona teslim etmiş ama evi teslim almamışsa, ev sahibinin yaptığı özgür kılma geçerli olur. Çünkü ücret peşin ödendiğinde, ev sahibi ona sahip olur. Kiracı evi teslim alır ve orada oturması tamamlanırsa, başka bir şey ödemesi gerekmez. Evin bir sahibinin ortaya çıkması, akdin taraflarından birinin ölümü, evin suyun altında kalması veya yıkılma gibi bir nedenle evin kullanılamaz duruma gelmesi ile akit bozulduğunda özgür kılan kişi kölenin değerini verir. Çünkü akit bozulduğunda köleyi geri vermesi gerekli olur. Oysa ev sahibinin yaptığı özgür kılmanın geçerli olması ile köleyi geri vermesi imkânsız duruma gelmiştir. Bu yüzden kölenin değerini vermesi gerekir. Çünkü sonradan meydana gelen durum nedeniyle yaptığı özgür kılma geçersiz olmaz. Çünkü kiracı akit devam ederken ev sahibini köle üzerinde yetki sahibi kılmış, köleyi teslim etmek suretiyle onun mülkiyetine vermiştir. Dolayısıyla ev sahibinin yaptığı özgür kılma geçerli olmuştur. Özgür kılma geçerli olduktan sonra bozulamaz. Ev sahibi, köleyi teslim almadan kiracı evde bir ay otursa sonra da köle kiracının elinde iken her iki taraf köleyi birlikte özgür kılsalar, ev sahibinin yaptığı özgür kılma bir aylık kira bedeli karşılığında geçerlidir. Geri kalan kısım da kiracı tarafından özgür kılınmıştır. Çünkü ev sahibi, kiracının yararlandığı menfaatin karşılığı oranında kölede pay sahibidir. Dolayısıyla köle, ikisi arasında ortak olmuştur. İkisi köleyi özgür kıldığında köle özgür olur. Kalan kısımda da kira akdi ortadan kalkar. Çünkü kira akdinin geçerli olması, kölenin değeri/mal oluşu bakımındandır. Bu durum kölenin özgür kılınmasıyla ortadan kalkmıştır. Bu, teslimden önce kölenin ölmesine benzer. Ancak kölenin ölmesi durumunda kiracının oturduğu zaman oranında evin emsal kira bedelini ödemesi gerekli olur. Çünkü teslimden önce akdin konusunun telef olmasıyla akit bozulmuştur. Bu sürede yarar, bozuk akit hükmüne dayanılarak elde edilmiştir. Bu nedenle kiracının bunun bedeli olan emsal ücreti ödemesi gerekir. Her iki tarafın özgür kıldığı kısımda kiracının birşey ödemesi gerekmez. Çünkü ev sahibi köleden, kiracının elde ettiği yarara karşılık gelen kısmı teslim almıştır.

[15/138]

Kiracı, akitte belirlenen süre boyunca evde otursa ve teslim etmeden önce köle ölse veya kölenin bir sahibi çıksa, kiracının emsal ücret ödemesi gerekli olur. Çünkü o, bozuk akit hükmüne dayanarak yararı elde etmiştir.

Kiralanan malın başka birisine ait olduğu anlaşılırsa kira bedelini alacak kişi

Kiracı, köleyi teslim etse fakat eve oturmasa ve köleyi özgür kılsa, yaptığı özgür kılma geçersizdir. Çünkü köle ev sahibine teslim edildiğinde kiracının mülkü olmaktan çıkmıştır. Bu durumda o, sahip olmadığı bir köleyi özgür kılmış olur.

Bir kimse bir yılığına bir ev kiralasa, daha sonra evin bir sahibi ortaya çıksa bize göre evin kirasını ortaya çıkan hak sahibi değil, kiraya veren alır. Çünkü bu durumda kiraya veren kişinin gaspçı olduğu anlaşılmıştır. "Gasp" konusunda açıkladığımız gibi, gaspçı gaspettiği şeyi kiraya verirse kira bedeli onun olur. Çünkü bu bedel, kendisinin yaptığı akit ile sabit olmuştur. Akit konusu şeyi teslim etmeyi üstlenen de odur. Gaspçının elde ettiği kira bedelini yoksullara vermesi gerekir. Çünkü bu kirli bir yolla elde edilmiş bir kazançtır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşüne kıyasla bu kazancı yoksula vermesi gerekmez. Çünkü Ebû Yusuf (rh.a.) önceleri, taşınmaz malların gasp edilmesi durumunda ödeneceğini söylemekteydi. Yine onun kabul ettiği görüşe göre bir kimse ödeme yükümlülüğünü üstlendiği bir şeyden kazanç elde ettiğinde bunu yoksula vermesi gerekmez. Nitekim kendisine emanet bırakılan kişi vedâda (emanet bırakılan malda) tasarrufta bulunduğu hüküm böyledir.

Evin bir kısmı yıkılsa orada oturan öder. Çünkü o telef etmiştir. Taşınmaz mal, telef edildiğinde ödenir. Kiracı ödediği bu bedeli, evi kendisine kiraya veren kişiden alır. Çünkü bu kiracı bedelli bir akitte onun tarafından aldatılmıştır. Kiraya veren kişi, akit konusu şeyi sahipli çıkma kusurundan uzak olarak teslim etmeye kefil olmuştur. Evi bu şekilde teslim etmediğinde kiracı onun yüzünden ödediğini ondan geri alır.

Bir kimse evini bir yılığına belirli bir ücret karşılığında yiyecek satıcısı bir kişiye kiraya verse, daha sonra üçüncü bir kişi ev sahibinden iki ay sonra ödemek üzere borç istese, ev sahibi de yiyecek satıcısına, ona vermesini emretse, bu kimse de yiyecek satıcısından iki aylık kira bedeline denk un, yağ vb.şeyler satın alsa bu câiz olur. Çünkü ev sahibi o kişiyi kendi yerine koymuştur. Ev sahibi bu işi yiyecek sahibiyle kendisi yapsa bu câiz olur. Yiyecek satıcısı, borç isteyen kişiden bir şey alamaz. Çünkü borç isteyen kişi ev sahibinin yerini almıştır. Bu yüzden kiracının kendi mallarından bu kişiye vermesi ev sahibine vermesi gibidir. Kiracı burada ev sahibi adına borç isteyen kişiye borç vermiş olmaktadır. Bu, tıpkı ev sahibinin kiracıdan bu maddeleri bizzat alıp, daha sonra borç isteyen kişiye borç vermesi gibidir. Aynı şekilde kiracı verdiği şeye karşılık para (dinar) aldığı da aynı durum söz konusudur. Biz ev sahibi ile, ücrette sarf yapma işleminde İmamların görüş ayrılığını daha önce belirtmiştik. Ev sahibinin yerini alan, yani borç alan kişi hakkında da aynı durum söz konusudur.

Yiyecek satıcısının o kişide para alacağı olsa ve evin aylık kira bedeli on dirhem olsa, aradan iki ay geçse daha sonra ev sahibi kiracıya, iki aylık kira bedelini borç isteyen kişiye vermesini emretse ve borç alan kişi, yiyecek satıcısı olan

kiracıdan alacağı para ile ona vereceğini takas yapsa, fazlalığa karşılık da bir şey alsa bu câiz olur. Nitekim bunu ev sahibi ile kiracı yapsaydı yine câiz olurdu. Çünkü iki aylık kira bedelinin ödenmesi gerekli olmuştur. Dinarın ödenmesi gerekli olduğunda karşılıklı rıza ile takas yapılması câiz olur. Bu, ev sahibi ile borç isteyen kişi arasında bir tasarruf olmayıp, borç isteyen ile yiyecek satıcısı olan kiracı arasında bir sarf aktıdır. Bu nedenle ev sahibi, o satıcıdan bir şey satın alması durumunda olduğu gibi borç isteyen kişiden dirhemleri alır. Ev sahibi, kendisine bir dinar geri verilmesi koşuluyla on dirhem borç verseydi bu câiz olmazdı. Çünkü borç dengi ile ödenir. Bunun yerine başka bir şeyi koşul koymak geçersizdir. Ev sahibi onu belirtilen koşulla dirhemlerle ödemek üzere başkasına havale etse, o kişi de bu dirhemleri dinar ile takas etse, borç veren borç isteyenenden yirmi dirhem alacaklı olur. Çünkü iki kişi arasında gerçekleşen bu işlem vadeli olarak yapılmış bir sarf olup, geçerli değildir.

Ev sahibi, yiyecek satıcısı evde hiç oturmamış iken iki aylık kira bedeline denk düşen kısmı üçüncü bir kişiye borç olarak verse ve kiracının ücreti peşin ödemesini istese, kiracı da bunu kabul etse ve iki aylık ücrete denk düşen miktarda borç isteyene un, yağ veya on dirhem karşılığında bir dinar verse ve kiracı eve oturmadan ev sahibi ölse, bina yıkılsa veya evin bir sahibi çıksa, yiyecek satıcısı olan kiracı, borç alan kişiden bir şey tahsil edemez. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi borç isteyen kişi, teslim aldığı şey bakımından ev sahibinin yerini almıştır. Ancak yiyecek satıcısı, ödediği dirhemleri ev sahibinden geri alır, ev sahibi de borç alandan alır.

Ebû Yusuf (r.h.a.) sonraki görüşünde evin payında bunu benimsemiştir. Dinarın payına gelince; kiracı bu dinarı asıl borçludan geri alır. Çünkü sarf akdi ücretin sabit olmasından önce yapılmıştır. Karşılıklı teslimden önce taraflar birbirinden ayrıldığında bu sarf akdi geçersiz olmuştur. Bu nedenle kiracı bu dinarı tıpkı onun zimmetinde imiş gibi geri alır.

Eğer "Peşin ödemesi koşul koyulduğunda yiyecek satıcısı olan kiracının ücreti ödemesi gerekli olmuşken bu nasıl doğru olur? Çünkü Muhammed (r.h.a.) "Ev sahibi tahilcının ücreti peşin ödemesini emretmiştir." denirse buna şu şekilde cevap veririz: Peşin ödeme koşulu akit sırasında belirtildiğinde geçerli olur. Muhammed (r.h.a.)'in "Ev sahibi tahilcının ücreti peşin ödemesini emretmiştir." ifadesinin anlamı; "Ev sahibi bunu koşul koymaksızın rica etmiştir." demektir. Görmez misin sonra "kiracı da bunu kabul ederse" demıştır.

Bir evde oturma karşılığında ev kiralamak, bir kölenin hizmeti karşılığında başka bir köleyi hizmet etmesi için kiralamak câiz değildir.

Bize göre kölenin hizmeti ve hayvana binme karşılığında ev kiralamak câizdir. Şafîî (r.h.a.) "Yararın cinsi aynı olsun farklı olsun her durumda bir yarar karşılığında başka bir şey kiralamak câizdir." demıştır. Onun bu görüşü, kendisinin kabul ettiği

Kira bedeli olarak başka bir yararın koşul konulması

şu prensibe dayanmaktadır: “Yararlar, var olan ayn’lar gibidir. Ayn’ın, kendi cinsinden olsun farklı cinsten olsun, başka bir aynla değiştirilmesi, eşit olması koşuluyla her durumda geçerlidir. Faizin söz konusu olmadığı mallarda aynı cinsten olan malların farklı miktarda değişimi de geçerlidir. Yararlar faizin söz konusu olduğu mallardan değildir. Bu nedenle onların birbiriyle değiştirilmesi câizdir. Yararlardan her biri karşılığında dirhem (para) almak câiz olunca, bu yararların birinin diğerine karşılık olması da câiz olur. Nitekim yararların cinsleri farklı olduğunda bunların biri diğerine karşılık olabilir.

Biz Hanefilerin bu meselede izlediğimiz iki yol vardır:

Birincisi Muhammed (r.h.a.)’den nakledilmiştir. O şöyle demektedir: “Bir evde oturma karşılığında başka bir evi kiralamak, Kuhistan kumaşını bir başka Kuhistan kumaşı karşılığında veresiye olarak satmak gibidir.” Bu şu anlama gelir: Akit konusu (ma’küdün aleyh), meydana gelecek olan yarardır. Bu ise akit sırasında bulunmamaktadır. Yararların cinsleri bir olduğunda, bir şey kendi cinsinden olan bir şeyle veresiye olarak değiştirilmiş olmaktadır. Bize göre aynı cinsler arasında vadeli değişim haramdır. Cinsler değiştiğinde ise durum bundan farklıdır.

Eğer, “Vade, akitte koşul konulduğunda olur. Buradaki süre ise akitte koşul konulmamaktadır. Yararlar deyn değil, ayn hükmünde olduğundan böyle bir şey nasıl olabilir? Yararlar deyn hükmünde olsaydı cinslerin değişik olması durumunda da değiştirilmesi câiz olmazdı. Çünkü cinsler değişik olsa bile deynin (borcun) deyn ile değiştirilmesi haramdır.” denilirse buna şu şekilde cevap veririz: Akdin konusu, süre içinde meydana gelen bir şey olduğundan bunun bir anda olması düşünülemez. Aksine yararlar peyderpey meydana gelir. Bu, vade koşul koyulması gibi hatta ondan da öte bir durumdur. Vade bulunması durumunda teslimi isteme gecikir. Akit konusu şeyin tümünün teslimini istemek de akit anında olmaz. Yararın meydana gelmesi anına kadar gecikir. Bu, diğerinden daha öte bir durumdur. Çünkü vade ile satış akdinin kuruluşu gecikmez. Burada ise akdin konusu hakkında akdin kuruluşu gecikmektedir. Ancak bu, gerçek anlamda bir deyn (borç/edim) değildir. Çünkü deyn, zimmette sabit olan şeydir. Oysa yararlar zimmette sabit olmaz. Haram olan şey, deynin deyn ile satılmasıdır. Yarar deyn olmadığı için, cinslerin farklı olması durumunda akde cevaz verdik. Aynı cinsten olduklarında ise akdi geçersiz sayıyoruz.

İkincisi; Kira akdi ihtiyaç nedeniyle câiz olan bir akittir. Dolayısıyla ihtiyacı karşılayacak bir biçimde câiz olur. Yararın kendi cinsi ile değiştirilmesinde böyle bir şey söz konusu değildir. Çünkü kiracı, akit öncesinde de kendi evinde oturma imkânına sahiptir. Yaptığı akitle, daha önce zaten kendisinin gücü dahilinde olan bir şey elde etmiş olmaktadır. Yararın cinsleri farklı olduğunda ise kiraya ihtiyaç vardır. Akitle kişi kendi mülkünde olmayan bir yararı elde etmiş olmaktadır. Ev

sahibi olan bir kimse, kölenin hizmet etmesine veya hayvana binmeye ihtiyaç duyabilir.

Yararlar aynı cinsten olduğunda; taraflardan birisi yararı almışsa *Zâhirü'r-rivâye*'ye göre emsal ücret ödemesi gerekir.

Kerhî, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan kiracıya bir şey gerekmediğini nakletmiştir. Çünkü yararın değer taşıması ancak akit sırasındaki karşılıklı belirleme ile olur. Oysa burada elde edilen yarar karşığında akit anında belirlenen şey de yarardır. Yarar kendi başına değerli bir mal değildir.

Zâhirü'r-rivâye'nin delili şudur; Kişi, geçersiz bir akit hükmü ile yararı almıştır. Dolayısıyla emsal ücret ödemesi gerekir. Nitekim bir kimse ücret belirtmeksizin bir ev kiralayıp orada otursa emsal ücret ödemesi gerekli olur. Çünkü geçersiz akit, câiz olan akde kıyas edilir. Yarar, câiz olan akitle değer kazandığı gibi geçersiz akitle de değer kazanır.

Bir kimse, evini bir aylığına belirli bir kumaş karşılığında bir kişiye kiraya verse, o kişi de evde otursa ev sahibi, teslim almadan önce o kumaşı ne kiracıya ne de başka bir kişiye satabilir. Çünkü ücret belirli bir kumaş olduğunda tıpkı satılan mal (mebî) gibi olur. Bilindiği gibi teslim almadan önce mebî'nin ne satıcıya ne de başka bir kişiye satılması câiz değildir. Görmez misin kumaş telef olsa kiracının emsal kira bedelini ödemesi gerekli olur. Bu, tasarrufa izin veren mülkiyet bakımından, belirsizliğin (gararın) devam ettiğine işarettir. Hayvanlar, ölçülen ve tartılan şeyler ile altın ve gümüş külçesi gibi ticaret malları da bu hükme tâbidir. Bu, külçenin belirleme ile belirlendiğine işaret etmektedir. Biz "Şirket" konusunda bu konudaki farklı rivayetleri belirtmiştik.

Ücret, niteliği belirtilmiş, ancak bizzat belirlenmemiş ölçülen ve tartılan mallardan oluşuyorsa, ev sahibi bunu teslim almadan önce kiracıya satabilir. Çünkü ölçülen ve tartılan şeyler zimmette semen olarak sabit olabilir. Teslim almadan önce bedelin değiştirilmesi câizdir. Ücret hakkında da aynı durum söz konusudur.

Ev sahibi kiracıda olan bu alacağı ile ondan başka belli bir şey satın alırsa, akit meclisinde teslim alsın veya almasın bu câiz olur. Çünkü bu durumda taraflar bir tarafta ayn diğer tarafta deyn bulunduğu halde birbirinden ayrılmışlardır.

Ev sahibi kiracıda olan alacağı karşılığında ondan belirli olmayan bir şey satın alırsa, bunu teslim alıncaya kadar ondan ayıramaz. Eğer teslim almadan önce ondan ayrılırsa satış geçersiz olur. Çünkü iki tarafta birbirine borçlu olduğu halde birbirinden ayrılmışlardır. Bu, satılan şeyin bedeli hakkındaki hükümdür. Ev sahibi bunu başkasına satamaz. Çünkü alacağın, borçludan başkasına satılması câiz değildir. Bu, sadece Mâlik (rh.a.)'e göre câizdir. O, şöyle demektedir: "Alacağın borçluya satılması câiz olduğu gibi üçüncü kişiye satılması da câizdir."

**Kira
bedelinin
tekrar
kiracıya
satılması**

[15/141]

Kiracının
kiralananı,
verdiğinden
daha fazla
ücretle
başkasına
kiralaması

Biz Hanefîler ise şöyle demektedir: Kişi bir kişiden alacağını ona sattığı zaman, o kişi kendi zimmeti ile bunu teslim almış olur. Başkasına sattığında ise, alacağı borçludan tahsil etmedikçe alıcıya teslim edemez. Bu borcu ne zaman tahsil edeceği ise bilinmemektedir. Bu durumda kişi, teslim etme imkânı bulunmayan bir şeyi satmış olmakta ve teslim için de bilinmeyen bir süreyi yani borcun ödenmesi vaktini koşul koymaktadır. İşte bu, satış akdini geçersiz kılar.

Bir kimse kumaş karşılığında ev kiralasa, daha sonra bu evi değeri kumaştan daha fazla olan para karşılığında kiraya verse, fazladan elde ettiği gelir kendisine helal olur. Çünkü cinsler farklı olduğunda fazlalık ancak değer biçme ile ortaya çıkar. Oysa akit bunu gerektirmez. Cinslerin değiştiği tüm durumlarda bu hüküm geçerlidir. Bir kimse on dirheme kiraya tuttuğu evi iki dinara başkasına kiraya verse fazladan elde ettiği kazanç kendisine helal olur. Çünkü dinar ve dirhemler arasındaki fazlalık ancak değer biçme ile ortaya çıkar. Görmez misin bir akitte on dirhemle iki dinarı değiştirmek câizdir. Aralarında karşılığı bulunmayan bir fazlalık ortaya çıkmaz. Bir akitte bu değişim câiz olunca, iki akitte öncelikle câiz olur.

Evin kirası on dirhem veya nitelikleri belirtilmiş bir kafiz buğday olsa ve kiraya veren kiracıdan bunları teslim aldığına tanık tutsa, daha sonra da dirhemlerin katışık olduğunu veya buğdayın bozuk olduğunu iddia etse onun sözü kabul edilir.

Çünkü o, hakkını aldığını inkâr etmektedir. Şöyle ki, zimmette bulunan bir şey, niteliklerinin belirtilmesi ile bilinir. Niteliğinin değişmesi ile o da değişir. Bu nedenle kiraya veren kişinin sözünde bir çelişki yoktur. Çünkü "dirhem" sözcüğü, katışık dirhemleri de içine aldığı gibi, buğday ismi de bozuk olan buğdayı içine alır.

Ev sahibi tanık tutarken "Ben evin kira bedeli olarak on dirhem (veya bir kafiz buğday) aldım." dese, bundan sonra buğdayın bozuk veya paraların katışık olduğunu iddia ederse onaylanmaz. Aynı şekilde "Evin kira bedelini tam olarak aldım." dedikten sonra "Paraların katışık olduğunu gördüm." dese ne delil ile ne de başka bir delille onaylanır. Çünkü o, daha önce sağlam paraları teslim aldığını ikrar etmiştir. Çünkü evin kirası sağlam para üzerinden verilir. Dolayısıyla "Ben paraların katışık olduğunu gördüm." sözünü söylemekle çelişkiye düşmüştür. Çelişkiye düşen kişinin sözü dinlenmediği gibi, tanıkları da kabul edilmez.

Ücret belirli bir kumaş olsa da, ev sahibi teslim alsa, daha sonra bir kusur nedeniyle geri vermek istese, kiracı "Bu benim kumaşım değil." dese kiracının sözü kabul edilir.

Kira
bedeli
olan malın
kusurlu
olması

Çünkü taraflar, akit konusu şeyin teslim edildiğinde anlaşılmışlardır. Akit konusu şey de belli bir şey idi. Daha sonra diğer taraf (ev sahibi) kendisinin geri verme hakkı bulunduğunu iddia etmekte, kiracı ise bunu inkâr etmektedir. Bu durumda onun sözü kabul edilir. Ev sahibi, kumaşın kusurlu olduğuna dair tanık getirirse, kusur küçük olsun büyük olsun satılan mala (mebî'e) kıyasla burada da kumaşı geri verir. Sonra da akitle hak edilen teslim ortadan kalktığı için akit

bozular. Ev sahibi, oturmanın bedeli olan emsal kirayı kiracıdan alır. Çünkü akit geçersiz olunca, kiracı evden yararlanmasının karşılığını ödemek zorundadır. Bu ise emsal kira bedelini ödemekle olur. Kira bedeli olarak teslim edilen kusurlu kumaş, ev sahibinin elinde iken de kusurlansa ev sahibi bunu geri veremez, evin emsal kira bedelinden ilk kusurun payını düşer. Çünkü satışta olduğu gibi geri vermenin imkânsız olması durumunda kusurun payı bedelden düşülür.

Kiracı evden çıktığında geride toprak veya külden oluşan bir çöp bulunsa, bunu atma görevi kiracıya aittir. Çünkü bu çöpler onun fiili ile birikmiştir. Başkasının mülkünü bu çöple dolduran kiracıdır. Bu nedenle evden çıkmak istediğinde onu boşaltma görevi de kendisine aittir. Ancak bu, yerin üzerinde olup görünen pislikler hakkında geçerli bir hükümdür. Kanal vb. gibi şeylerin temizlenmesi ise istihsan deliline göre kiracının görevi değildir. Kıyasa göre bu da önceki gibidir. Çünkü kiracının fiili ile toplanmış bir pisliktir.

Istihsan delilinin iki dayanağı vardır;

Birincisi; örfdür. Evden çıktığında kiracının kanalı temizleme yükümlülüğü örfte bulunmamaktadır. Biz kira akdi konusunda örfün esas alınacağını açıklamıştık.

İkincisi; kanal kapalı olduğundan temizlenmesi için kazmak koşuldur. Bu ise kiracının, sahip olmadığı şeyde tasarruf etmesidir. Dolayısıyla bunu yapması gerekli değildir. Görünen pislikleri temizlemede ise binayı yıkmak, çukur kazmak vb. işlemlere ihtiyaç yoktur. Bu nedenle kiracı bunları atmakla yükümlüdür.

Açıktaki bulunan toprak konusunda ev sahibi ile kiracı anlaşmazlığa düşse; kiracının evi bu toprak orada dururken kiraladığı hakkındaki sözü kabul edilir. Çünkü ev sahibi kiracı üzerinde hak iddia etmektedir. Bu, oradaki toprağın boşaltılmasıdır. Yine ev sahibi kendi mülkünün bu toprakla sonradan doldurulduğunu iddia etmektedir. Kiracı ise bunları inkâr etmektedir. Bu yüzden onun sözü kabul edilir.

Banyonun kanalı açık olsun, kapalı olsun banyoda su biriktiğinde bu suyu boşaltma görevi kiracıya aittir. İnsanlar arasında yerleşik örf bu şekildedir. Ayrıca bu su, yerin üzerinde açıktaki bulunmaktadır. İnsanlar bunun kokusundan rahatsız olmasın diye üzeri kapatılır. Ayrıca banyo dolu olduğunda, bulunduğu durum üzere bırakılmak için doldurulmaz. Aksine dolduğunda boşaltılır. Bu nedenle atık suyu boşaltma onu doldurana aittir. Tuvalet çukuru ise böyle değildir. Tuvalet için kazılan çukura, ihtiyaç giderilmesi, onu nakletmek ve boşaltmak için değildir. Aksine bu âdeten terkedilir. Bu nedenle kiracının o çukuru temizlemesi gerekmez.

Ev sahibi evi kiraya verirken, kiracının evden çıkarken bırakacağı toprak, gübre vb. şeyleri temizlemesini koşul koyarsa bu câiz olur. Çünkü koşul konulmadan önce bunları yapmak zaten kiracının görevidir. Koşul yalnızca bunu daha çok pekiştirmiş olmaktadır.

Kiracının, evi boşaltırken temizlemesi

[15/142]

**Dükkandaki
malzemelerin
sahibi
konusunda
anlaşmazlık**

Bir zahireci bir kişiden bir dükkân kiralasa ve bir süre burada mal satsa daha sonra da evden ayrılrsa, iki taraf, evde bulunan kaplar, raflar ve binanın üzerine dayandırıldığı tahtalar üzerinde anlaşmazlığa düşseler; kiracı bunları kendisinin yaptığını söylese ev sahibi ise "Bunlar ben sana evi kiraya verdiğimde orada vardı." dese kiracının sözü kabul edilir. Çünkü görünüş kendisini desteklemektedir. Çünkü âdeten o, ihtiyacı olduğu için bunları yapar. Ev sahibinin bunları yapma ihtiyacı yoktur. Ev sahibi, evi kiraya vermek üzere yapar. Daha sonra orayı kiralayan kimse kendisine gerekli olan şeyleri yapar. Anlaşmazlık durumunda görünüş kimi destekliyorsa onun sözü kabul edilir. Ayrıca belirttiğimiz şeyler eve konulmuştur. Eve konulan şeylerde tıpkı diğer eşyada olduğu gibi kiracının sözü kabul edilir. Aynı şekilde değirmenci dükkandan ayrılmak istediğinde; kendi işinde kullandığı değirmen âletleri ile bunun altındaki şeyler, değirmenin tahtaları, direği değirmenciye ait olur. Çünkü bunlar kendisinin işinde kullandığı âletlerdir. Aynı şekilde kasap, çeliği döven kişi, demirci gibi meslek erbabının kullandığı âlet ve kaplar kendilerine aittir.

Bir kimse kiremit ve çömlek yapmak üzere bir arazi kiralasa daha sonra kiremitin verildiği fırın hakkında anlaşmazlığa düşseler, kıyasa göre arazi sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü fırın da diğer binalar gibi bir bina. Bina hakkında arazi sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü fırın araziye tâbidir. Istihsan deliline göre ise kiracının sözü kabul edilir. Bu konuda Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: "Çünkü fırını kiracının yaptığını düşünüyorum." Anlaşmazlık bulunan durumlarda örfe göre hüküm verilir. Ayrıca bu bina diğer binaların aksine arazi sahibinin değil, kiracının ihtiyacı içindir. Görmez misin bu tür işler yapan tüm işçiler, bu sanatın gerektirdiği şekilde fırın yaparlar. Söylediğimizin dışında bir bina, kapı veya tavanda bulunan tahtalar hakkında anlaşmazlığa düşseler, ev sahibinin evi bu eşyalar ile birlikte kiraya verdiği yolundaki sözü kabul edilir. Döşeli bulunan kiremitler, anahtar ve oluk hakkındaki anlaşmazlıkta da aynı durum söz konusudur. Çünkü görünüşe göre bunları eve koyan ev sahibidir. Çünkü evde oturmak ancak bunların bulunması ile mümkün olur. Ev sahibinin kiracının evden yararlanmasına imkân tanınması gereklidir. Kiracının evden yararlanmasına imkân veren şeyleri yapan ev sahibidir.

[15/143]

Evde bulunan tuğlalar, kiremitler, alçı, hurma kütüğü veya kapı kiracıya aittir. Çünkü bunlar binanın yapısında olmayan, arazi ve binaya tâbi de olmayan eşyalar gibidir. Her iki taraf da iddiası için delil getirirse; kiracının sözünün kabul edileceğini belirttiğimiz tüm durumlarda ev sahibinin delili kabul edilir. Çünkü o, bu delille hakkını ispat etmektedir.

Evde kapalı bir su kuyusu veya kazılmış bir kanal bulunsa, kiracı "Bunu ben yaptığım için, söküp götürebilirim." dese ev sahibinin sözü kabul edilir.

Çünkü bunlar binaya tâbi olan şeyler olup, binada oturma bunlar olmadan mümkün olmaz. Ayrıca kiracı bunları kaldırmak için binayı yıkmaya muhtaçtır. Halbuki kiracı bir delil, yani tanıkları olmadıkça bunu yapamaz. Aynı şekilde kulübe/baraka, perde ve binada kullanılmış olan tahta ve merdivenler hakkında da aynı durum söz konusudur. Burada merdivenler ile kastedilen, inşaatta kullanılmış olan merdivenlerdir. Binada kullanılmamış olup el merdiveni gibi bir kenarda duran merdivenler konusunda kiracının sözü kabul edilir. Çünkü kiracının bunları götürmek için binayı sökmesi gerekmez. Bunlar ev eşyası gibidirler.

İçinde tuğla pişirilen fırın konusunda da kiracının sözü kabul edilir. Normal fırın konusunda ise ev sahibinin sözü kabul edilir. Bu ikisi örf'e göre birbirinden ayrılmaktadır. Sonra fırın, binaya tâbi şeylerden olup evde oturan herkes buna ihtiyaç duyar. Tuğla fırınına ise yalnızca tuğla pişiren kişi ihtiyaç duyar. Arazide çalışan başka birisi ihtiyaç duymaz. Tuğla fırını konusundaki anlaşmazlıkta görünüşe göre bunu kiracı yapmıştır. Diğer fırın konusundaki anlaşmazlıkta ise görünüşe göre onu ev sahibi inşa etmiştir.

Evde arı kovanı ve güvercin kafesi varsa bunların tümü ev eşyası gibi kiracıya ait olur.

Ev sahibi kiracının evi kireçle sıvadığını veya kiremit döşediğini yahut eve bir kapı ve kilit eklediğini ikrar ederse kiracı bunlardan sökülmesi eve zarar vermeyen eşyayı sökebilir. Çünkü bu, kendisinin mülküdür. Sökülmesi eve zarar veren şeyleri ise, ev sahibine zarar vermemek için sökemez. Görmez misin ev sahibi bu eşyaları gaspederek evine eklese sahibi bunları sökemez. Bunu eşyanın sahibi yaptığında öncelikle sökemez. Ancak ev sahibi bu eşyanın anlaşmazlık tarihindeki değerini borçlanır. Çünkü bu eşya kendisinin elinde kalmıştır. Bu nedenle değerini borçlanır. Bu, şuna benzer; bir kimsenin kumaşı başkasının boyası ile boyansa, kumaş sahibi kumaşını almak istediğinde boyanın değerini ödemesi gerekir. Anlaşmazlık tarihindeki değerın esas alınmasının nedeni; ev sahibi bu tarihte bu eşyayı sahibinden almış oluşudur.

Evin bir odası yıkılsa, kiracı ile ev sahibi bunun enkazını sahiplenme konusunda anlaşmazlığa düşseler, yıkıntının yıkılan odaya ait olduğu biliniyorsa bu ev sahibine ait olur. Çünkü taraflar yıkılma öncesinde anlaşmazlığa düşselerdi ev sahibinin sözü kabul edilirdi. Yıkılma sonrasındaki anlaşmazlık durumunda da böyledir. Bunun yıkılan odaya ait olduğu bilinmiyorsa, kiracı "Bu benimdir." dediğinde onun sözü kabul edilir. Çünkü bu enkaz, tıpkı diğer eşya gibi oraya konulmuş bir durumda bulunmaktadır.

[15/144]

Ev sahibi ücretten hesap edilmek üzere kiracıya evde bir bina yapmasını emreder ve iki taraf bina konusunda anlaştıkları halde harcamı miktarında anlaşmazlığa düşerlerse, ev sahibinin sözü kabul edilir. Her iki tarafın delil getirmesi durumunda kiracının delili kabul edilir. Çünkü burada anlaşmazlık, sonuç

Ev sahibinin,
kira bedeli
karşılığında
kiracıya
evde bir şey
yaptırması

itibarıyla kiracının ücretten ne kadarını ödemiş olduğundadır. Kiracı ev sahibinin belirttiğinden daha fazlasını ödediğini iddia etmektedir. Bu nedenle onun delili kabul edilir. Ev sahibi ise fazlalığı inkâr etmektedir. Bu durumda söz onun olur. Aynı şekilde ev sahibi "Sen binayı yapmadın." veya "Benim iznim olmadan yaptın." dediğinde de durum böyledir. Çünkü kiracı, ev sahibinin bunu emrettiğini iddia etmektedir. Buna bağlı olarak binayı yaptığına ücreti ödemiş olacaktır. Inkâr ettiği için ev sahibinin sözü kabul edilir.

Evin kapısının iki kanadı bulunup bunlardan birisi düşse, kiracı "Bu kanatlar bana aittir." veya "Bu düşen bana aittir." dese, bu kanadın kapalı olanın benzeri olduğu biliniyorsa ev sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü görünüş kendisini desteklemektedir. Şöyle ki; kapalı olan kanat hakkında zaten bir sorun yoktur. Düşen kanadın, kapalı olanın benzeri olduğu biliniyorsa, ikisi yararlanma açısından tek bir şey gibi kabul edilir. Birisi olmadan diğerinden yararlanılamaz. Bu meselede kiracının getireceği delil kabul edilir. Çünkü delil getirme ihtiyacında olan odur.

Aynı şekilde bu evde resimli (şekilli) dallarla süslenmiş bir oda bulunsa, bunlardan bir dal düşse ve odanın içinde bırakılmış bir durumda bulunsa, ev sahibi "Bu dal odanın tavanından düşmüştür." dese, kiracı da "Hayır bu dal bana aittir." dese, dalın şekli, odadaki dalların şekline uygunsa, görünüş kendisini desteklediği için, ev sahibinin sözü kabul edilir. Bu, şuna benzer; eşler ev eşyası hakkında anlaşmazlığa düşseler; erkeklere uygun bulunan eşyada erkeğin sözü, kadınlara uygun bulunan eşyada da görünüşün desteği nedeniyle kadının sözü kabul edilir. Bu meselede de dalların şeklinin uygunluğu ve bu dalın tavadaki yerinin boşluğu görünüş açısından zilyetlikten daha kuvvetli bir delildir. Görünüşün desteği ile zilyedin sözü kabul edilince bunu kabul etmek daha öncelikli olur.

**Ev sahibinin
görevi olan
onarım**

Evi tamir etmek, sıvamak, oluğu ve evin binasından olan şeyleri yapmak ve onarmak ev sahibinin görevidir. Çünkü bunlarla kiracı evde oturabilmektedir. Aynı şekilde evde bırakılması kiracıya zarar veren her türlü perde, engel vb.yi kaldırma görevi de ev sahibine aittir. Çünkü kiracı, kayıtsız olarak yapılan akitle, akit konusu şeyin kendisine kusursuz olarak teslim edilmesini hak etmiştir. Ev sahibi bunları yapmaktan kaçınırsa kiracı evi terk edebilir. Çünkü akit konusu şeyde kusur bulunmaktadır. Ancak kiracı evi bu durumda iken görerek kiralamışsa, bu durumda kusura razı olduğundan bunlar nedeniyle evi geri verme hakkı bulunmaz.

**Bir malın
belirtilmeyen
bir bölümünü
kiralamak**

Su kuyusu, kanal ve atık su boşaltma yerini temizleme görevi -bunlar kiracı tarafından doldurulmuş olsa bile- ev sahibine aittir. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi bunları kiracı yapmak zorunda olsa, evin bir bölümünü yıkmak gerekmektedir. Bu işleri yapma görevi ev sahibine ait olmakla birlikte ne o, ne de kiracı bunları yapmaya zorlanamaz. Ev sahibi bu işleri kendiliğinden yapmak isterse, yapar. Ancak bu iş için yaptığı harcamayı kira bedelinden düşemez. Ev sahibi bunları yapmamakta direnirse kiracı dilerse evden ayrılır. Çünkü bir insan

kendi mülkünü onarmaya zorlanamaz. Bedelli akitlerde kusur, akdi yapan kişiye, bağlayıcı olması karşılıklı rızaya bağlı olan konularda bozma hakkı verir.

Bir kimse birinden bir arazinin belirli olmayan yarısını kiralasa veya bir köle ile bir binek hayvanının yarısını kiralasa bu akit Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre geçersizdir.

Akdi geçersiz kılma konusunda bölünebilir olan veya böyle olmayan maldaki şuyu' (paylı ortaklık) Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre eşittir.

[15/145]

Ebû Yusuf, Muhammed ve Şafiî (rh.a.)'ye göre ise bu akit câizdir. Kiraya veren ve kiracı bu mülkü nöbetleşe (sırayla) kullanırlar. Delilleri şudur; Kira, bir malın başka bir malla bedelli değişimidir. Bu nedenle satım akdinde olduğu gibi şayi paylı mallardaki kirada da bağlayıcı olur. Çünkü kira akdi, yarar mülkiyetini gerektirir. Paylı olan bir parça da yararlıdır. Görmez misin bir kimse payını kendi ortağına kiralasa, belirtilen gerekçeye dayanarak bu akit câiz olur. Yine bir kimse bir mülkü iki kişiye kiralasa bu akitler câiz olur. Her bir kiracı yararın yarısına şayi' (paylı) olarak sahip olur. Buna delil şudur: Bir kimse konağının yarısını iyreti verse, bu câiz olur. Şayi olma, bedelli akitlerden çok teberru akitlerine engel olmaktadır. Nitekim bu durum hibe ile satım akdi karşılaştırıldığında görülmektedir. Evin yararının yarısını teberru yoluyla başkasına vermek câiz olunca, bedelli olarak vermek öncelikle câiz olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Bu olayda mülk sahibi, bedelli bir akitte, teslim etme imkânının bulunmadığı bir şeyi teslim etme borcunu üstlenmiştir. Bu da câiz olmaz. Bu, kaçmış bulunan köleyi satma veya kiraya vermeye benzer.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Kira akdi, yarar üzerinde yapılmaktadır. Yararın teslim edilmesi ise kiracının bunu almasıyla mümkün olur. Halbuki yarı yarıya şayi paylı bulunan bir mülkte kiracı yararı teslim almış olmaz. Yararı teslim almak ancak belirli (muayyen) bir payda mümkün olur. Kiracı ve mülk sahibi, her biri evin belirli bir bölümünü kullanmak üzere anlaşsalar, her biri belli bir bölümde oturur. Sırayla kullanmak üzere anlaşsalar, her biri evin tümünde belirli bir süre oturur. Bundan anlaşılmaktadır ki yarar, şayi bir parçada elde edilmiş olmamaktadır. Bu durumda mülk sahibi kira akdini şayi bir parçaya dayandırmakla, teslim etme imkanının bulunmadığı bir şeyi teslim etmeyi üstlenmiş olmaktadır.

Ebû Tâhir ed-Debbâs (rh.a.)'tan nakledildiğine göre o, şöyle demektedir: İki ortak bir kendi payını üçüncü bir kişiye kiraya verirse, bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre geçerli olur. Arazi sahibi arazisinin yarısını kiraya verirse, bu geçerli olmaz. Ebû Hanîfe (rh.a.) bu ikisini birbirinden ayırarak şöyle demiştir: Bu durumda kiracı ile mülk sahibi muhâyee (menfaati veya geliri paylaşma sözleşmesi) yapmaya ihtiyaç duyarlar. Malı sırayla kullanmak üzere anlaştıklarında kiralanan mülkün tümü belirli bir zaman süresince kiracının elinde bulunur. Herbiri bir bölümünü kullanmak üzere anlaştıklarında, kiralanan mülkün bir kısmı akitteki sürenin tümü

İki ortak
birisinin, kendi
payını kiraya
vermesi

boyunca kiracının elinde bulunur. Kiralanan şeyin mülk sahibinin eline geçmesi, yararın kira akdi hükmüne dayanarak kiracı tarafından alınmasına engel olmaktadır. Nitekim kiracı, mülkü mülk sahibine âriyet olarak verdiğinde veya kiraladığında da böyledir. Bunun akde bitişen bir nedenle hak edilmesi akdi geçersiz kılar. Ortaklardan birisi kendi payını üçüncü bir kişiye kiraladığında muhâyee (yararın paylaşımı) kiracı ile diğer ortak arasında olmaktadır. Dolayısıyla kiralanan mal, kiraya verenin eline geçmemekte, yabancı bir kişinin eline geçmektedir. Kira akdinde bu câizdir. Nitekim kiracı, mülkü yabancı bir kişiye âriyet olarak verse veya kiralasa bu da câiz olur.

Daha kuvvetli olan görüşe göre Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre bu iki mesele arasında fark yoktur. Her iki durumda da akit belirttiğimiz nedenle geçersizdir. Ayrıca akit konusunu almak ancak muhâyee ile olmaktadır. Halbuki muhâyee, kira akdinden farklı bir akit olup, kira akdinin hukuku içine girmemektedir. Muhâyee olmadan kiracı akit konusu şeyi teslim alamamaktadır. Bu ise akdin câiz olmasını engeller. Geçersiz olmakla birlikte kiracı yararı alırsa emsal kira bedeli ödemesi gerekir. Çünkü o, akit konusunu geçersiz bir akit hükmüne dayanarak almıştır. Çünkü, tıpkı kaçan kölenin satımında olduğu gibi akdin konusunu teslim edememek akdi bozuk kılar. Akdin kurulmasını engellemez. Kiracı yararı elde ettiğinde akdin kuruluşundan sonra yarar teslim alınmış olur. Satım akdi bundan farklıdır. Çünkü satım akdinde teslim, evin boşaltılması ile tamamlanmaktadır. Bu, ise şayi bir kısım üzerinde gerçekleşir.

[15/146]

**Ortaklardan
birisinin,
kendi payını
diğer ortağa
kiraya
vermesi**

Bir kimsenin ortak mülkteki payını kendi ortağına kiralaması meselesine gelince; Ebû Hanîfe (r.h.a.)'den rivayet edildiğine göre bu câiz değildir. O, bu rivayete göre kira akdini rehne benzetmiştir. Çünkü akdin içerdiği yararı elde etmek ancak başka bir şeyle mümkün olmaktadır. Bu da kendi payının yararidir. Bu da kira akdini geçersiz kılar. Bu, bir kimsenin, kumaş kesmek üzere makasın iki parçasından birini kiraya vermesine benzer. Bu câiz değildir. Çünkü akdin içerdiği akit konusu şeyden yararlanmak ancak akdin kapsamına girmeyen başka bir şeyle mümkün olmaktadır.

Zâhirü'r-rivâye'ye göre bu kira sözleşmesi câizdir. Çünkü akit konusunu, akitte hak ettiği şekliyle elde etmek mümkündür. Çünkü kiracı evin tümünde oturup, kendi payının yararını kendisinin mülkü olduğundan, kiralanan bölümün yararını da kira akdi hükmü gereğince alır. Ancak bir kimse ortak mülkteki payını üçüncü bir kişiye kiraya verdiğinde durum bundan farklı olur. Çünkü bu durumda akdin gerekli kıldığı şekilde yararı elde etmek imkânsızdır. Bu, kaçan bir köleyi, onu elinde tutan kişiye satmaya benzer. Bu câizdir. Çünkü onun elinde olduğu için teslim mümkündür. Köleyi elinde bulundurmeyen bir kişiye satmak ise, teslim mümkün olmadığından câiz değildir.

Rehin meselesi bundan farklıdır. Çünkü rehnedilen şeydeki şayi'lik akdin konusunu ortadan kaldırmaktadır. Çünkü akdin konusu, malın sürekli (borç ödeninceye kadar) alacaklı elinde hapsedilmesidir. Oysa şayi bir malda bu düşünülemez. Bu konuda ortak ile yabancı eşittir.

Kira konusuna gelince; buradaki şayi'lik akdin konusu olan yararı ortadan kaldırmamaktadır. Yalnızca yararın teslimi ortadan kalkmaktadır. Bu ise ortak hakkında söz konusu değildir. İşte mesele, bu yönü ile hibe konusundan da ayrılmaktadır. Çünkü bölünebilir şeylerdeki şayi'lik mülkiyet doğuran teslimin tamamlanmasını engeller. Bu konuda ortağa veya üçüncü bir kişiye yapılan hibe eşittir.

Kişi, bir mülkü iki kişiye kiraladığında ise, akit konusunu akitteki şekliyle teslim etmek, kiraya verenin imkanı dahilindedir. Bundan sonra muhâyee iki kiracı arasında kendi mülklerinin hükmü ile olur. Bu, iki kişiye birden rehin verme konusuna benzer. Bu, rehin veren kişinin rehni iki kişi için gerekli kılması itibarıyla akit konusu bulunduğu için câizdir.

Bir mülkün iki kişiye kiraya verilmesi durumunda kiracılardan birisi ölünce kira akdi yalnızca onun payı açısından geçersiz olur.

Tahâvî, Hâlid b. Sabîh'den o da Ebû Hanîfe (r.h.a.)'den şunu nakletmiştir: Akit diğer payda da geçersiz olur. Çünkü kira akdi, sürekli meydana gelen yarara göre yenilenen bir akitir. Bu, akde bitişen bir şayi'lik gibidir.

**Aynı malı
kiralayan
iki
kiracıdan
birinin
ölmesi**

*Zâhirü'r-rivâye'*ye göre ise diğer kiracı hakkında akit devam eder. Çünkü akdin yenilenmesi akdin konusu hakkındadır. Akdin kendisi ise şu an vardır ve bağlayıcıdır. Bu gerekçe açısından şuyu' sonradan meydana gelmiştir. Sonradan meydana gelen şayi'lik akde bitişik olan gibi değildir. Nitekim hibede bir kimse evin tümünü bir kişiye hibe edip teslim etse daha sonra da hibenin yarısından dönse bu câizdir. Âriyet akdi ise böyle değildir. Çünkü âriyet akdi ile malın teslimi âriyet alanın hakkı olmaz. Burada hükme etki eden özellik, teslimi imkanın bulunmamasıdır. Bu durum, teslimin gerekli olduğu akitlere etki etmektedir.

Bir kimse üç elbise giydirme karşılığında bir ev kiralasa bu kira akdi geçersizdir. Çünkü ücret olarak belirlenen şeyin cins ve niteliği bilinmemektedir. Elbise, mutlak olarak anıldığında satım akdinde bedel olmaya elverişli değildir. Dolayısıyla kira akdinde de bedel olamaz. Kiracının bu durumda oturduğu süre için emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Çünkü o, yararı geçersiz akit hükmüne dayanarak almıştır.

Bir kimse aylığı bir dirheme bir ev kiralasa ve ev sahibi kiracıya evi bıraksa fakat kapıyı ona açmasa, ay başı geldiğinde kirayı istese, kiracı da "Ev sahibi bana kapıyı açmadı, ben de evde oturamadım." dese bakılır; kiracı evi açma imkanına sahipse akit konusunu alma imkanına sahip olduğundan dolayı kirayı öder. Açmaya gücü yettiği halde bunu yapmamakla, ev sahibine zarar vermeyi istemiştir.

[15/147]

Bu isteği tersine çevrilir. Kiracı kapıyı açma imkanına sahip değilse, ev sahibine kira ödemez. Çünkü o, akit konusunu alma imkanına sahip olmamıştır. Ev sahibi akit konusunu kiracıya teslim etmekle yükümlüdür. Bunu yapmadan kiracı yararı alamadığı için kiraya hak kazanamaz.

Bir kimse, konağın bir evini kiraya tutsa ve konakta başka oturanlar da olsa, ev sahibi kiracının evine girmesine izin verse, ay başı geldiğinde ücreti isteyince kiracı "Ben evde oturamadım. Evde oturmama bu evde oturan falan kişi engel oldu." dese, o kişi ister kiracıyı doğrulasın, ister inkar etsin var olan durum hakem kılınır. O an kiracı evde ise kirayı ödemesi gerekir. Evde gaspçı varsa kiracının ücret ödemesi gerekmez. Bu konuda kiracının sözü kabul edilir. Çünkü kiracı ile ev sahibi arasında geçmişteki durum hakkında anlaşmazlık meydana gelmiştir. Şu an ise bilinmektedir. Bu yüzden bilinmeyen şey bilinene döndürülür ve şu anki durum hakem kılınır. Nitekim kiracı ile değirmen sahibi, suyun kira süresi içinde kesilmesi konusunda anlaşmazlığa düşseler bu konuda o anki durum hakem kılınır. Evde şu an oturan kişi bulunmuyorsa kiracı ücreti öder. Çünkü o şu an, yararı alma imkânına sahiptir. Bu, geçmişte de onun imkân sahibi olduğunu gösterir. Dolayısıyla kendisine ücret gerekli olur. Yararı elde etmesine engel bulunduğu yolundaki iddiası, delil getirmediğçe yalnızca sözle sabit olmaz.

Oturmak için
kiralanan
evde iş
yapmak

Bir kimse bir oda kiralasa fakat burada ne yapacağını akit sırasında bildirmese bu câiz olur. Çünkü akit konusu örfle bilinmektedir. Bu da odada oturmaktır. Oturma, kişiden kişiye değişiklik gösteren bir durum değildir. Bu nedenle akit sırasında belirtilmesi gerekmez. Kiracı bu şekilde kiraladığı evde kassarlık (kumaş beyazlatma işi) vb. işler yapamaz. Çünkü bu, binaya zarar verir. Biz, kayıtsız olarak yapılan bir kira akdinde kiracının bu hakka sahip olmadığını söylemiştik. Buna rağmen kiracı, belirtilen işleri yapar ve bu nedenle de bina yıkılırsa, kendi fiili nedeniyle yıkılan kısmı öder. Çünkü o, binayı telef etmiş, kendi yetkisini aşmıştır. Ödettiği kısmın ücretini ödemesi gerekmez. Çünkü ücret ve ödeme bir arada bulunmaz. Şöyle ki; kiracı ödediği şeye, ödemenin gerekli olduğu andan itibaren sahip olur. Dolayısıyla kendi mülkünden elde ettiği yarar için ücret ödemesi gerekmez.

Kiracı binayı ev sahibine teslim ederse istihsan deliline göre ücreti ödemesi gerekir. Kıyasa göre ise ücret ödemesi gerekmez. Çünkü o yaptığı, fiille evi gaspetmiştir. Bu nedenle ödemeye yükümlüdür. Yararı gaspeden kişi ücreti ödemekle yükümlü değildir.

İstihsanın delili şudur; Kiracı akit konusunu ve fazladan bir şeyi almıştır. O, bu fazlalık nedeniyle ödeme yükümlüsü idi. Bu fazlalığı ev sahibine teslim ettiğinde, fazlalığa itibar etme gereği ortadan hükmen kalkmıştır. Bu nedenle akit konusunu elde etmiş olması üzerine kendisine ücret gerekli olur.

Ev yıkıldığında, ödemeyi gerekli kılmak için bu fazlalığa itibar etmek gerekli olmuştur. Bu nedenle kendisine ücret gerekmez.

Kiracı "Ben evi senden kassarlık yapmak üzere kiraladım." dese, ev sahibi de "Ben sana başka bir şey için kiraya verdim." Dese, ev sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü evi kiraya verme teklifini yapan (icapta bulunan) odur. Eğer o, böyle bir teklif yaptığını ve oturma izni verdiğini temelinden reddetseydi, onun sözü kabul edilirdi. Bundan herhangi bir şeyi ikrar ettiğinde de böyledir. Ayrıca kiracı akitle elde ettiği hakta fazlalık iddia etmektedir. Bu nedenle bunu delil ile ispat etmesi gerekir. Ev sahibi ise bunu inkâr etmektedir. Yemin ettirilerek ev sahibinin sözü kabul edilir.

**Kiraya verenle
kiracı arasında
çıkan
anlaşmazlıklar**

Kiracı eve otursa, kendisi ile birlikte başkasını da oturtsa, ev diğer kişinin oturması nedeniyle yıkılsa kiracının ödetmesi gerekmez. Çünkü kiracı bu yaptığı ile yetkisini aşan bir davranışta bulunmamıştır. Bir evde oturanların çok olması binayı zayıflatmaz. Aksine evin daha mamur olmasını sağlar.

[15/148]

Ev sahibi kiracıdan, oturduğu sürenin ücretini istese, evde oturan kişi "Sen beni evinde ücretsiz oturttun." dese onun sözü kabul edilir. Ev sahibinin delil getirmesi durumunda onun delili tercih edilir. Çünkü ev sahibi, evde oturan kişinin zimmetinde bir alacak iddia etmektedir. Bu yüzden bunu delil ile ispat etmesi gerekir. Evde oturan kişi ise bunu inkâr etmektedir. Dolayısıyla yemin ederse onun sözü kabul edilir. Bu mesele ayn (mevcut bir mal) konusundaki şu anlaşmazlıktan farklıdır.

Bir kimse başkasına "Ben bu malı sana sattım." dese, diğeri de "Sen bunu bana hibe ettin." dese, mal bu anlaşmazlıktan önce o kişinin elinde telef olmuşsa, burada satışı iddia eden kişinin sözü kabul edilir. Çünkü ayn, bizzat değerlidir. Onun değeri ancak teberru yolu ile başkasına vermekle ortadan kalkar. Üzerinde durduğumuz meselede böyle bir durum bulunmamaktadır. Yarar ise ancak bedel isteme koşuluyla değerli olur. Bizim meselemizde ise bu durum yoktur.

Evde oturan kişi, "Bu ev benimdir." veya "Bu ev, falan kişiye aittir. Beni bu eve bakma konusunda vekil atamıştır." dese evde oturan kişinin sözü kabul edilir. Çünkü ev onun elindedir. Her iki tarafın delil getirmesi durumunda ise evi isteyen kişinin delili kabul edilir. Çünkü o, evin mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ispat etmektedir. Evde oturan kişi, evin kendi zilyetliğinde bulunmasından dolayı ona hasım olmaktadır. Dolayısıyla onun yalnızca "Bu ev falanca kişiye aittir." demesiyle bu delil ortadan kalkmaz. Ayrıca evi isteyen kişi, evde oturan kişinin bir fiil yaptığını, yani kira akdi hükmüne dayanarak evin yararlarını elde ettiğini iddia etmektedir.

Evde oturan kişi "Sen bu evi bana hibe ettin." dese, hibe konusunda doğrulanmaz. Çünkü evin aslında diğer kişinin mülkü olduğunu ikrar etmekte, sonra da kendisine devrettiğini iddia etmektedir. Bu durumda evde oturan kişinin

Ücret ödemesi gerekmez. Çünkü o, diğer kişi bakımından inkarcı konumundadır. Eğer delil getirirse onun delili kabul edilir. Çünkü o, kendisi için mülkiyet nedeni ispat etmiş olmaktadır. Evde oturan kişi, evin aslen kendisine kiraya verildiğini ikrar etmekle birlikte, hibe iddiasında bulunursa iddiası geçersizdir. Kira bağlayıcıdır. Çünkü o, kirayı gerekli kılan nedeni ikrar etmiştir. Ancak hibe iddiasına dair delil getirirse, bu durumda hüküm farklıdır.

İki kişi bir evi yıllığı on dirheme kiraya tutsa, sonra adam o evden ayrılrsa ve ailesi o evden bir odayı kiralasalar, bir kişiyi de ücretsiz olarak oturtsalar, onların oturdukları ev yıkıldığında oturttukları kişinin bir şey ödemesi gerekmez. Çünkü bu kişi en fazla gaspçı konumundadır. Bilindiği gibi taşınmaz mal, gasp ile ödenmez. İkinci kiracının yaptığı bir şey sonucu bir şey yıkılmadıkça onun da ödemesi gerekmez. Fakat kendi fiili ile yıkıldığında telef eden kişi konumunda olur. Bu kişinin yaptığı bir iş sonucu evin bir parçası yıkılır. Bu kişi de ev sahibine öderse, ödediği bedeli kendisine kiraya veren kişiden geri alır. Çünkü o, karşı tarafın yaptığı ödeme akdi ile aldatılmıştır.

Bir kimse aylığı bir dirheme bir ev kiralasa, daha sonra karısını boşayarak şehri terk etse, kadının kirayı ödemesi gerekmez. Çünkü evi kadın kiralamamıştır. Kira bedelinden bir şey ödemeyi de üstlenmemiştir. Kirayı ödeme borcu kocaya aittir. Çünkü o, evde oturma konusunda başkasını kendisi yerine koyarak evin yararından yararlanabilir. Bir sonraki ayın hilali görülünceye kadar kadın evden çıkarılamaz. Çünkü akit sırasında kullanılan sözcükle akit bir ay üzerinde bağlayıcı olmuştur. Taraplardan biri tek başına bunu bozma yetkisine sahip değildir.

Bir kimse, kendisi oturmak koşuluyla bir ev kiraladığında orada başkasını oturtamaz. Eğer bir ya da iki kadınla evlenirse bu kadınlar kendisi ile birlikte oturabilir. Akitteki koşul bunlarla ilgili değildir. Çünkü koşulun bir yararı yoktur. Bir evde ne kadar çok kişi oturursa, o ev o kadar çok mamur olur.

Kiracı evde su kuyusu veya abdest almak için yer kazsa, bir insan veya hayvan da oraya düşüp ölse, kiracı bunları ev sahibinin izni ile yapmışsa kendisine ödeme gerekmez. Ev sahibinin izni olmaksızın yapmışsa öder. Çünkü telefe neden olan kişi sadece neden olma konusunda yetkisini aşan bir davranışta bulunduğu öder. Söz konusu kişi, ev sahibinin izni olmaksızın kuyu kazmakla yetkisini aşan bir davranışta bulunmuştur. Ancak ev sahibinin izni ile kazdığında yetkisini aşmış olmaz. Bu durumda onun fiili, ev sahibi tarafından yapılmış gibi kabul edilir.

[15/149]

Bir kimse aylığı evi tamir etmesi, evin bekçi ve hizmetçilerinin ücretini de vermesi koşuluyla on dirheme bir ev tutsa bu geçersiz olur. Çünkü evin tamir giderleri ev sahibine aittir. Diğer giderler de ona aittir. Çünkü evin güvenliğini sağlamak için devletin topladığı para, haraç gibi bir giderdir. Bunun miktarı ise bilinmemektedir. Ev sahibi kendisi için on dirhem yanında bilinmeyen bir şeyi koşul koymuş olmaktadır. Bilinmeyen bir şeyi bilinene eklemek tümünü bilinmez duruma

getirir. Bekçi ücreti ise evde oturana aittir. Çünkü bekçinin hizmetinden yararlanan odur. Bu koşullar altında kiracı evde oturursa, tam olarak emsal kira bedelini öder. Çünkü o, evin yararını geçersiz bir akit hükmüne dayanarak elde etmiştir. Ev sahibi, akitte belirlenen ücrete kendisi lehine başka şeyler de eklediğinden, yalnızca bu ücrete razı olmamıştır. Bu nedenle, miktarı neye ulaşırsa ulaşsın kiracı emsal kira bedelini öder.

Yıkılmaya yüz tutan bir duvar yıkma istemini tanıklar huzurunda rehin alana, kiracıya ve âriyet alana iletmek geçersizdir. Çünkü bu konuda tanık tutma ancak duvarı yıkma yetkisine sahip olan kişiye karşı yapılır. Ondan, eğilmiş bulunan duvarın işgal ettiği yeri boşaltması istenir. Halbuki anılan kişiler duvarı yıkarak yerini boşaltma yetkisine sahip değildirler. Dolayısıyla duvarı yıkmaları kendilerinden istenemez.

Bir kimse, bir konakta bir oda kiralasa, evde kendisinden başka oturanlar da bulunsa, bu kişi eve binek hayvanını sokarak kendi kapısının önünde durdursa, hayvan birisine vurarak öldürse veya hayvan bir duvarı yıksa, yahut kiracının bir konuğu binek hayvanı ile eve gelse de hayvan o evde oturanlardan birini çiğnese ne orada oturan kişi ne de konuk öder.

Çünkü kiracı, hayvanı konağa sokmak ve evde durdurmakla yetkisini aşan bir davranışta bulunmamıştır. Çünkü evde oturan kişi hayvanını eve bağlayabilir. Ancak kendisi hayvana binmiş durumda iken hayvan birini çiğnerse bu durumda ödemeye yükümlüdür. Çünkü o, telefi doğrudan (mübâşeret) yapmıştır.

Bir kimse bir yıllığına evi kiralayıp teslim alırsa, kiracının izni olmaksızın ev sahibi hayvanını o eve bağlayamaz. Çünkü kiracı, yararlanma hakkı bakımından ev sahibi, evin gerçek sahibi ise yabancı kişi konumundadır. Ev sahibi oraya hayvanını bağlarsa bu hayvanın verdiği zararları öder. Çünkü o, telefe neden olma konusunda yetkisini aşan bir davranışta bulunmuştur.

Bir kimse kölesinin bir ay hizmet etmesi karşılığında birisinin evinde bir ay oturmak koşuluyla kira sözleşmesi yapsa; köle belirlenmemişse bedellerden birindeki bilinmezlik nedeniyle kira akdi geçersiz olur. Köle belirli bir kişi ise, yarar cinslerinde farklılık bulunduğu için kira akdi geçerlidir. Köle hizmet etmeden önce ölürse, köle sahibi de evde oturursa emsal ücret ödemesi gerekli olur. Çünkü kölenin ölmesiyle, onun hizmeti olan akit konusu teslim alınmadan önce ortadan kalkmış olmaktadır. Bu nedenle oturma hakkı bakımından akit geçersiz olur. Oturma fiili geçersiz bir akit hükmüne dayanarak gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle oturan kişiye emsal ücret gerekli olur.

Bir kimse, bir yıllığına yüz dirhem karşılığında içinde oturmamak, başkasını da oturtmamak koşuluyla bir ev kiralarsa, kira akdi bozuk (fâsit) olur. Çünkü o, ileri sürdüğü koşulla kira akdinin gereğini ortadan kaldırmıştır. Bu tip koşullar akde uygun değildir. Eğer evde oturursa emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Bu bedel,

akitte belirlendiğinden daha az olamaz. Çünkü kiracı, evde oturmaksızın dahi bu ücreti ödemeyi üstlenmiştir. Evde oturduğunda öncelikle üstlenmiş olur. Ev sahibi belirtilen ücrete, kiracının oturmaması koşuluyla razı olmuştur. Kiracı evde oturduğunda bu ücrete razı olmuş sayılmaz. Bu nedenle kiracı ona, değeri neye ulaşırsa ulaşıns emsal kira bedeli öder.

[15/150]

Bir kimse oturmak koşuluyla bir ev kiralar, fakat orada oturmaz da hububat koyarsa, ev sahibi de "Evimi geri ver, yaptığın bu şey evimi tahrip etmektedir." derse, süre doluncaya kadar evi geri alma hakkına sahip olamaz. Çünkü kiracının yaptığı şey, oturma kapsamındadır. Görmez misin kiracı evde otursaydı, kendi ihtiyaç duyacağı kadar tahılı evine koyabilirdi. Bu, kira akdi ile elde edilmiş haklardandır. Ev sahibi buna engel olamaz. Bunu gerekçe göstererek akdi bozamaz.

Kiracı, kızının kocasını (damadını) evinde oturtsa, süre dolduğunda ondan kira bedelini istese, ne o ne de ev sahibi kirayı isteyemez. Çünkü ev sahibi bu kişi ile akit yapmamıştır. Kiracı da onu, ücret ödemesini koşul koymadan evinde oturtmuştur. Kiracı bir ücret koşul koymaksızın onu kendi mülkünde oturtmuş olsaydı kendisinden yine kira bedeli isteyemezdi. Başkasından kiraladığı eve oturttuğunda da durum böyledir.

Bir kimse bir konakta ev kiralasa ve o konakta başka oturanlar da bulunsa, odanın sahibi kiracıya evdeki kuyuyu temizlemesini emretse, kiracı da bunu yaparak toprağı eve atsa, bu yüzden bir insan ölse kendisine ödeme gerekmez. Çünkü onun ev sahibinin emri ile yaptığı iş, bizzat ev sahibi tarafından gerçekleştirilmiş gibidir. Aynı şekilde ev sahibinin emri olmadan yaptığı da böyledir. Çünkü kuyuyu temizleme evde oturma ile ilgili işler kapsamında yer alır. Evde oturan kişi kuyudan yararlanmaktadır. Bu da ancak kuyuyu temizlemekle mümkün olabilir. Dolayısıyla kiracı yaptığı işte yetkisini aşan bir davranışta bulunmuş değildir. Bu yüzden ödetmesi de gerekmez. Ancak toprağı yola atarsa, bunu yapmakla yetkisini aşmış olur. Dolayısıyla ödemeyle yükümlü olur.

**Kirada koşul
muhayyerliği**

Bir kimse üç gün süreyle seçimlik hakkına (hıyar-ı şarta) sahip olma koşuluyla bir yıllığına bir ev kiralasa bize göre bu câizdir.

Şafîî (rh.a.)'nin iki görüşünden birine göre bu câiz olmaz. Onun bu görüşü daha önce açıkladığımız şu prensibine dayanmaktadır: Kira akdinin câiz olması yararlanın, var olan aylar gibi kabul edilmesi yolu ile olur. Bu ise ancak sürenin başlangıcı akde bittiğinde olur. Seçim hakkına sahip olmayı koşul koymakla bu durum ortadan kalkmış olur. Çünkü sürenin başlangıcı seçim hakkının sona ermesinden sonra olur. Kişi, süreyi akit tarihinden başlatsa ve bu akitte seçim hakkına sahip olmayı koşul koysa, bu da mümkün olmaz. Çünkü seçim hakkına sahip olmak, akdi bozmayı koşul koymaktır. Seçim hakkına sahip olduğu zaman içinde akit konusu olan yarardan bir kısmını mutlaka telef etmektedir. Bu ise akdin

bozulmasını engeller. Satım akdinde seçim hakkı kıyasa aykırı olarak delille sabittir. Kira akdi ise satım akdi gibi değildir. Bu nedenle kira akdinde seçim hakkını koşul olarak ileri sürmek câiz değildir. Aynı nedenle nikah akdinde de seçim hakkını koşul koymak câiz değildir. Kira akdi de böyledir. Kira akdi ile nikah arasında ortak olan yön/illet; kira akdinin, yararı elde etme amacıyla yapılan bedelli bir akit oluşudur.

Biz Hanefîlerin bu konudaki delilimiz ise şudur; bu, malın mal ile değişimi türünden bedelli bir akitir. Bu nedenle satım akdi gibi kira akdinde de seçim hakkına sahip olmayı koşul koymak geçerlidir. Bu gerekçenin etkisi şurada görülür: Bu akitte amaçlanan şey maldır. Kişi iyice düşünmeden satım akdi yapmış olabilir. Bu nedenle kendisinin aldanma durumunu ortadan kaldırmak için seçim hakkına sahip olmayı koşul koyma ihtiyacı vardır. Bu açıdan kira akdi satım akdi gibidir. Görmez misin kusur nedeniyle akdi geri çevirmede kira akdi satım akdi gibi kabul edilir. Seçim hakkını kullanarak akdi geri çevirmede de kira akdi gibi kabul edilir. Kira akdi, satım akdi gibi ikâle (tarafaların teklif ve kabulü ile akdi bozmaları) yoluyla bozulabilir. Bağlayıcı olması, rızasının tamamlanmış olmasına bağlıdır. Nikah ise böyle değildir. Süre akit tarihinden itibaren başlarsa yarar ancak alındığında kiracının ödeme yükümlülüğüne girer. Bundan önce telef olanlar, onun ödeme yükümlülüğünde telef olur. Dolayısıyla bu, akdi bozmaya engel olmaz. Kiracı yararı alırsa bize göre seçim hakkı ortadan kalkar.

Gerçek şudur ki süre; kiracının akde razı olması ile başlar. Bu, ya yararı almakla uğraştığında ya da seçim hakkı dolduktan sonra başlar. Kiracı bu süre içinde evde oturursa tasarrufla uğraştığı için rızası tamamlanmış olur. Bu nedenle de seçim hakkı ortadan kalkar.

Allah en iyisini bilir.

[15/151]

Kişi, üç gün seçim hakkına sahip olmayı koşul koyup; akde razı olduğunda evi yüz dirheme, razı olmadığında elli dirhem olmak üzere kiralasa ücrette bilinmezlik olduğu için kira akdi geçersiz olur. Buna rağmen kiracı evde oturursa emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Geçersiz akdi, câiz olan akde kıyasla kiracının binanın yıkılan yerlerini ödetmesi gerekmez.

Vasî (vasiyet görevlisi) yetimin evini uzun süreli olarak kiraya verse, akit câizdir. Çünkü vasî, bütün akitlerde yetimi gözetme maksadıyla onun ergin olması durumundaki yerini alır. Ancak satışa kıyasla, evi emsal kira bedelinden, insanların aldanmasının mümkün olmayacağı kadar azına kiraya veremez. Kira akdini satışa kıyasla bunu yapamaz. Çünkü vasîye yetimin malına en güzel bir biçimde yaklaşması ve onun malını geliştirmede en verimli yolu izlemesi emredilmiştir. Allahu Teâlâ şöyle buyurmuştur:

Vasînin yetimin malını kiraya vermesi

﴿قُلْ إِصْلَاحُ لَكُمْ خَيْرٌ﴾

"De ki: Onları iyi yetiştirmek daha hayırlıdır." (el-Bakara 2/220)

**Vekilin
kiraya
vermesi**

Ebû Hanîfe (r.a.)'ye göre büyüğün vekili onun evini az veya çok ücret karşılığında kiraya verebilir. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.a.)'e göre ise ancak insanların aldanabileceği bir bedel karşılığında kiraya verebilir. Bu mesele satım konusunun benzeridir.

Bir kimse, bir evde kirada oturan bir kadınla evlense, daha sonra kadınla birlikte bir yıl kalsa, daha sonra ev sahibi kirayı istese; kadın evin kira olduğunu haber vermiş olsun olmasın ücreti erkek değil, kadın öder. Çünkü ücreti gerektiren akdi kadın yapmıştır. Koca, karısına "Senin nafakanla birlikte evin kira bedeli olarak şu miktarda para ödemek benim borcumdur." demiş ve kira bedelini ödemeyi ev sahibine garanti etmişse, kira borcu kocaya aittir. Çünkü o, ev sahibine ödenmesi gereken bir borcu üstlenmiştir. Koca, kadına bu sözleri tanıklar huzurunda söyler fakat ev sahibine kirayı ödeyeceğine kefil olmazsa, daha sonra eşine kira bedelini vermeyebilir. Çünkü kira, kadının alacağı değil, borcudur. Koca bunu kadına garanti etmiş olamaz. Aksine bu, koca tarafından yapılan bir hibe gibidir; dilerse verir, dilerse vermez.

**Kira akdinde
görme
muhayyerliği**

Bir kimse görmediği bir ev kiralarsa; onu gördüğünde seçim hakkına sahip olur. Çünkü kira akdi de satım akdi gibi, rızanın tamamlanmasına dayanır. Malı görmeden önce satım akdinde rıza tamam olmadığı gibi kira akdinde de akdin konusunu görmedikçe rıza tamamlanmaz. Akdin konusu olan yarar görülmeye elverişli değildir. Ancak yarar, evin görülmesi ile bilinebilir. Oturma yararı; evin darlık ve genişliğine göre değişir. Bu nedenle akit öncesinde kiracı evi görmüş olsa daha sonra seçim hakkı bulunmaz. Ancak oturmaya zarar verecek biçimde evin bir bölümü yıkılmışsa bu durumda önceki gördüğü durumda değişiklik meydana geldiği için seçim hakkına sahip olur.

Bir kimse bir yılığına, aylığı yüz dirheme ev kiralasa, yıl dolmadan önce kiracı ve ev sahibi akdi bozamaz. Çünkü akitlerin birleşmesi ile anlaşma tektir. Bedeli ayrıntılı olarak belirtmek, yapılan anlaşmayı/akdi bölmez. Bu ayrıntının bulunması ile bulunmaması birbirine eşittir. Bu nedenle akit bütün yıl için bağlayıcı olur. Taraflardan hiç biri bir özür bulunmadıkça akdi bozamazlar.

Kiracı "Evi bir aylığına kiraladım." dese onun sözü kabul edilir. Çünkü o bir ayın ötesinde kira akdinin bulunduğunu inkar etmektedir. Akdin yapıldığını tümünden reddetse idi yeminle birlikte onun sözü kabul edilirdi. Bir ayın dışındaki kısmı inkar ettiğinde de böyledir. Her iki taraf delil getirirse, kiraya verenin delili kabul edilir. Çünkü o, fazlalığı ispat etmektedir.

Bir kimse, bir aylığına bir dirhem karşılığında ev kiralasa, daha sonra da iki ay otursa, ilk ayın kirasını vermesi gerekir. İkinci ay için kira vermesi gerekmez. Çünkü o, ikinci ay evde oturma konusunda gaspçı hükmündedir. Yararlar ancak akit ile

değer kazanırlar. İbn Ebû Leylâ (rh.a.)'ya göre ikinci ay için emsal kira öder. Biz bu meselenin benzerini âriyet konusunda açıklamıştık.

Ev, kiracının oturması sonucu yıkılır da o, "İlk ay oturmam sırasında yıkıldı." derse, ödeme yükümlülüğünün kendisine ait olduğunu inkar ettiği için onun sözü kabul edilir. Her iki tarafın delil getirmesi durumunda ev sahibinin delili kabul edilir. Çünkü o, ödemeyi gerekli kılan nedeni ispat etmektedir. Aynı şekilde bir aydan bir veya iki gün fazla oturduğunda da hüküm böyledir. Çünkü o, bir ayın üzerindeki sürede gaspçıdır. Bu konuda az süre ile çok süre birbirine eşittir.

[15/152]

Kişi, evi bir kişiye kiralatır anahtarı ona teslim ederse, süre dolduğunda kiracı "Ben evi açamadığımdan evde oturamadım." dese ev sahibinin sözü kabul edilir. Her iki tarafın delil getirmesi durumunda da ev sahibinin delili kabul edilir. Ev sahibinin sözünün kabul edilmesi görünüşün kendisini desteklemesi nedeniyledir. Çünkü anahtar, kapıyı açmak için kullanılır. Görünüşe göre anahtarı alan kimse kapıyı bizzat veya bir başkasının yardımı ile açabilir. Ev sahibinin delilinin tercih edilmesinin nedenine gelince; O, borcu gerektiren nedeni yani akitten sonra kiracının yararı elde etme imkanının bulunduğunu ispat etmekle, onun zimmetinde kira borcu bulunduğunu ispat etmektedir. Kiracı ise bunu inkar etmektedir.

Bir kimse bir aylığına bir ev kiralasa, ay doluncaya kadar kendisi ile birlikte ev sahibinin oturmasına da izin verse, daha sonra kiracı "Sen evle aramdan çıkmadığın için sana kira vermeyeceğim." dese, evin ne kadarı onun elinde bulunuyorsa bu miktarın kirasını ödemesi gerekir. Çünkü o, akit konusu olan, evin elinde bulunan kısmının yararını elde etmiştir. Bu yüzden, parçayı bütüne kıyasla elinde tuttuğu miktarın kirasını öder.

İki kişi bizzat kendileri bir iş yapmak üzere bir dükkan kiralasalar, bunlardan birisi, dükkanı üçüncü bir kişiye kiraya verip onu dükkana yerleştirmeyi istese, diğer kişi de onu dükkana koymasa, diğer ortağın payı olan kısma açık bir zarar vermedikçe iki kiracıdan her biri kendi payındaki bölüme dilediği kişiyi yerleştirebilir. Çünkü her iki kiracı da dükkanın yararının yarısına sahip olmuştur. Kendi payında, diğer ortağa zarar vermedikçe dilediği gibi tasarruf edebilir. Ancak diğer ortağa bir zarar veriyorsa bunu yapmasına engel olunur. Çünkü bu durumda onun tasarrufu diğer ortağın payına taşmaktadır. Bu ise ona zarar vermektedir. Dükkanı kiralayan kişilerden birinin, diğerinden daha çok eşyaya sahip olması durumunda da aynı hüküm geçerlidir. Bu iki kişiden biri, dükkanın ortasına duvar yapmak isterse, bunu yapma hakkı yoktur. Çünkü bina yapmak malda tasarrufta bulunmaktır. Bu ise kiralanan şeyin sahibinin yetkisi dahilinde olan bir şeydir. Dükkanı kiralayan iki kişi ise dükkanın kuru mülkiyetini değil, yarar mülkiyetini elde etmişlerdir.

**İki kiracıdan
birisinin tek
başına
yapabileceği
tasarruflar**

Bir kimse, bir evi ve onun yanında bir dükkanı ikisini birlikte, aylığı bir dirheme kiralasa, dükkan Müslümanların yolu üstünde olup, bu kişinin dükkandan yararlanmasına engel olursa, kira akdi yalnızca evde geçerlidir. Ücretten dükkanın payı düşülür. Çünkü kiracı ev ve dükkanda akdi, mahalline yani kendisinden yararlanan ayn'a dayandırmıştır. Görmez misin bu kişiye kimse karışmaydı da o bir yıl boyunca ev ve dükkanın yararını elde etseydi kendisine tam kira gerekli olurdu. Dükkânı işletmesine engel olunduğundan kira bedelinden dükkânın payı düşülür. Nitekim kişi iki ev kiralayıp birisini başkası gaspetse kira bedelinden gaspedilen evin ücreti düşülür.

İki kişi bir ev kiralasalar ve aralarında birinin evin arka kısmında, diğerinin ön kısmında oturması konusunda anlaşsalar, bu anlaşmayı kira akdine dahil etmeseler kira akdi câiz olur. Arka tarafta oturması söz konusu olan kişi, diğer kişiyle birlikte önde oturma hakkına sahiptir. Çünkü kira akdi ile yarar elde edildikten sonra kiracıların kendi aralarındaki anlaşmaları, muhâyee (yararlanmayı paylaşma) gibidir. Muhayee ise bağlayıcı değildir. Dolayısıyla kiracılardan biri ön tarafta oturma konusunda diğerinden daha fazla hak sahibi değildir.

[15/153]

Bir kimse kendisi ve ailesinin oturması koşuluyla bir ev kiralasa, ancak buraya kendisi oturmayıp, atları ve sığırları yerleştirse, hayvanların etkisiyle ev yıkılsa kendisine ödeme gerekmez. Çünkü kiracının yaptığı bu hareket, akde aykırı değildir. Aksine yaptığı şey, evde oturma kapsamına dahildir. Kiracı ücreti ödemekle yükümlüdür. Denildi ki: Bu hüküm, âdeten hayvanların sokulduğu evler hakkında geçerlidir. Ev böyle olmazsa, kiracı gaspçı hükmünde olduğundan, yaptığı iş nedeniyle yıkılan bölümü öder.

Kiracı veya kiraya verenden birisi öldüğünde kira akdi bize göre sona erer.

**Kira akdinde
tarafardan
birisinin
ölmesi**

Şafîî (rh.a.) kira akdinin; her iki tarafın veya taraflardan birinin ölümüyle sona ermeyeceğini söylemiştir. Bu ancak bir durumda sona erebilir; bir kimse bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde bir terzinin elbise dikmesini ister ve işi bizzat yapmasını koşul koyar ve terzi ölürse akit sona erer. Şafîî (rh.a.)'nin bu görüşü onun kabul ettiği şu prensibe dayanmaktadır: Yararlar var olan aynlar gibi kabul edilirler. Ayn üzerine yapılan akit, taraflardan her ikisinin veya birinin ölümü ile sona ermez. Yarar üzerine yapılan akit de böyledir. Çünkü yarar ayn gibi kabul edilince, kiracı tümü üzerinde hak sahibi olmuş olur. Kiraya verenin ölmesiyle bu değişmez. Çünkü mirasçılar, onun hak sahibi olduğu şeylerde onun yerini alırlar. Şafîî (rh.a.) bunu kiraya verilen araziye kıyas etmiştir. Kiracı araziye ektikten sonra ölse ittifakla kira akdi bozulmaz. Mirasçılar ekili olan ürüne hasat vaktine kadar bakma konusunda onun yerini alır. Ayrıca kira, kendisiyle yarar elde edilmek istenen bedelli bir akittir. Dolayısıyla akdin konusu ortadan kalkmadıkça akit geçersiz olmaz. Nitekim nikah akdi de böyledir: Efendi, câriyesini evlendirse sonra da ölse akit geçersiz olmaz. Eşlerden birinin ölmesi durumunda ise akdin konusu ortadan

kalktığı için akit sona erer. Bu nedenle, işi bizzat terzinin yapması koşul konulan bir hizmet akdinde, terzinin ölümü ile akdin konusu ortadan kalktığı için akit sona erer. Şafii (rh.a.)'ye göre mükâtebin ölümü ile akdin konusu ortadan kalktığı için kitâbet akdi de sona erer. Efendinin ölümü ile ise ittifakla kitâbet akdi sona ermez.

Biz Hanefîlerin bu meselede izlediğimiz iki yol vardır;

Birincisi: Kiraya verenin ölmesidir. Kira akdi ile hak edilen şey, kiraya veren kişinin mülkünde meydana gelecek olan yarardır. Bu, kiraya verenin ölmesi ile ortadan kalkmıştır. Akdin konusu ortadan kalktığı için kira akdi de sona erer. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Evin kuru mülkiyeti ev sahibinin ölümüyle mirasçılara geçer. Yarar da kuru mülkiyet sahiplerinin mülkünde meydana gelir. Görmez misin kişi, kiracının rızasıyla evi satsa, evin mülkiyeti başkasına geçtiğinden kira akdi sona erer. Bu şöyle açıklanabilir: Ev sahibi, ölüm sonrasında mülkte meydana gelecek yararlar üzerinde akdi başkasının mülküne dayandırmaktadır. Halbuki onun başkasının mülkünde akit yapmak suretiyle bağlayıcı bir tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Çünkü kira akdi, meydana gelecek olan yararlar göre akdin konusunun mülkünde sürekli yenilenmektedir.

Eğer “Buna göre miras bırakan kişinin, bu mülkü kiraya vermesi de geçerli olmaması gerekir.” denirse, buna şu şekilde cevap veririz: Bunun geçerli olmasının nedeni, akit sırasında kiralamasının bir hakka dayanmamasıdır. Bu sırada akdin kendi hakkının mahalline dayandırıldığı bilinmektedir. Nikah akdi ise böyle değildir. Çünkü nikah mülkiyeti, ayn mülkiyeti hükmündedir. Dolayısıyla cariyeye sahip olmakla mirasçılar cariyenin kocasının hakkı olan şeye sahip olmazlar. Nitekim efendi cariyeyi satsa, cariyenin nikahı geçersiz olmaz.

İkincisi: Kiracının ölmesi durumudur. Kiracının ölmesinden sonra akit devam etse, mirasçı onun yerini alarak devam eder. Oysa sırf yarar, miras yoluyla geçmez. Görmez misin âriyet alan kimse öldüğünde mirasçısı yarar konusunda onun yerini alamaz. Biz, âriyet alan kişinin yarara sahip olduğunu açıklamıştık. Mirasçı kılma bakımından, malın kendisinde olduğu gibi, menfaate bedelli veya bedelsiz olarak sahip olmuş olmanın bir farkı yoktur. Bu nedenle kendisine bir kölenin hizmeti vasiyet edilen kişi ölürse vasiyet geçersiz kalır. Çünkü yarar, miras yoluyla geçmez. Bunun delili şudur; bir kimse kölesinin kuru mülkiyetini bir kişiye, hizmetini de bir kişiye vasiyet etse, kendisine hizmet vasiyet edilen kişi bunu reddetse hizmet, vasiyet yapan kişinin mirasçılarının değil, kölenin kuru mülkiyetine sahip olan kişinin olur. Çünkü sırf yarar, miras yoluyla geçmez. Çünkü mirasçılık, miras bırakan kişinin yerini almaktır. Bu ise ancak varlığı devam eden şeylerde düşünülebilir, böylelikle miras olarak geçen mülk, ilk anda miras bırakanın, daha sonra da onun mirasçısının olur. Kiracının hayatında iken var olan yarar sürekli değildir. Henüz meydana gelmemiş olan yarar ise, varlığını devam ettirmedikinden miras olarak geçmez. Kiracının ölümünden sonra meydana gelecek olan yarar ise

onun mülkü olmadığından mirasçı, yarar konusunda kendisinin yerine geçemez. Mülkiyet hükmü, mülkiyete konu olan şeyin varlığından önce meydana gelemez. Mirasçılık hükümlerinin bulunmadığı sabit olunca, yarar üzerine yapılmış bulunan akdin geçersiz olduğu anlaşılır. Nitekim nikah akdi de eşlerden birinin ölümü ile ortadan kalkar. Çünkü ölenin mirasçıları nikah konusunda onun yerini alamazlar.

Bir ekili arazi veya denizde yolculuk durumunda bulunan bir gemi kiralansa; arazi ve gemi sahibi ölseler kıyasa göre kira akdinin her iki durumda da ortadan kalkması gerekir. Ancak istihsan deliline göre, zararı ortadan kaldırmak amacıyla kira akdi ortadan kalkmaz. Bu tür bir ihtiyaç, kira akdini ilk olarak ispat etme konusunda geçerli değildir. Bu nedenle, akit süresi sona erdiğinde ekin henüz olgunlaşmamış olsa, zararı ortadan kaldırmak için ekinin olgunlaşması anına kadar kira akdi yenilenir. Bu zararı ortadan kaldırmak için akdi devam ettirmek öncelikle câiz olur. Kıyas hükmünden istihsan yoluyla ayrılmak, kıyas işleminde bir çelişki meydana getirmez.

Bu anlaşıldıktan sonra deriz ki:

İki kişi bir ev kiraya verse sonra birisi ölse akit onun payında geçersiz olur. Ölenin mirasçısı yetişkin olur da kendi payında kıranın devam etmesine razı olur ve kiracı da bunu kabul ederse bu câiz olur. Çünkü bu, kendi payında ikisinin arasında karşılıklı rıza ile yapılan bir akitir. Bu da şayi' mülkiyette bile câizdir. Çünkü burada kişi ortağına kiraya vermektedir. Hayatta olan kiracının payında akit zaten devam etmektedir. Çünkü daha önce açıkladığımız gibi sonradan meydana gelen şayi'lik kira akdini ortadan kaldırmaz.

Züfer (rh.a.) ise sonradan meydana gelen şayi'lik ile akde bitişik olan şayi'liği eşit kabul ederek mal sahiplerinden birinin ölümü ile kira akdinin ortadan kalkacağını söylemiştir. Birlikte mal kiralayan iki kiracıdan birinin ölmesi durumunda da ölenin payındaki kira akdinin bozulup bozulmayacağı konusunda da Züfer (rh.a.)'le bizim aramızda aynı görüş ayrılığı vardır. Biz bu konuda Ebû Hanîfe (rh.a.)'den de, Züfer (rh.a.)'in görüşüne uygun bir rivayeti aktarmıştık.

Bir kimse kirayı peşin ödemek üzere bir yıllığına bir ev kiralasa, evde bir ay otursa sonra ev sahibi "Bana koşul koyduğun gibi kirayı peşin öde." dese kiracı ödemesi, bunun üzerine ev sahibi yıl dolmadan önce kiracıyı evden çıkarmak istese; peşin olarak kira bedelini ödemesi için onu kovuşturur. Yıl doluncaya kadar evden çıkarma hakkı yoktur. Çünkü kira akdi tıpkı satım akdi gibi bağlayıcıdır. Alıcı bedeli ödemediğinde satıcı bedeli ister. Ancak bunu gerekçe göstererek satım akdini bozamaz. Kira akdinde de kiracı peşin ödemeyi koşul koyduktan sonra ev sahibi kiracıdan kirayı ister. Ancak bunu gerekçe göstererek kira akdini bozamaz.

Kiracı, evde eklemek pişirmek üzere ev sahibinin izni ile veya izinsiz olarak bir fırın yapsa, bu fırın nedeniyle bazı komşu evler yansa, veya kiralanmış bulunan evin bazı odaları yansa, kiracıya ödeme gerekmez. Çünkü yangına nedensiyet verme

**Kira bedelinin
ödenmemesi
nedeniyle
kira akdinin
bozulması**

**Kiracının,
hakkı olan
bir fiili
yaptığında
doğan zararı
ödemeye**

konusunda kiracı yetkisini aşan bir davranışta bulunmamıştır. Fırın yapmak evde oturma ile ilgili işler kapsamındadır. Evde oturan kişi ev sahibinin izni olmaksızın da evin uygun bir yerinde fırın yapabilir. Kiracının bu konudaki fiili ev sahibinin fiili gibidir.

[15/155]

Bir kimse aylığı bir dirheme bir ev kiralasa ve bir kaç gün oturduktan sonra evden çıksa, fakat bir ay dolana kadar ev sahibine çıktığını haber vermese; özürsüz olarak çıkmışsa bir ayın kirasını tam olarak ödemesi gerekir. Çünkü özürsüz olarak evi terketmesiyle kira akdi bozulmaz. Akit devam ettiği için, evin yararını elde etme imkanı da devam etmektedir. Kiracı bir özür nedeniyle çıkmışsa kira akdi kendiliğinden bozulur. Kiracı yalnızca oturduğu zamanın kirasını öder. Bu hüküm, Muhammed (r.h.a.)'in "el-Asl"ında kira bölümündeki şu görüşe dayanmaktadır: "Özür bulunması durumunda akdin taraflarından birisi, yargıcın hükmü olmaksızın akdi tek taraflı bozabilir. Çünkü bu, akdi yüklenmekten kaçınma anlamına gelmektedir. Daha önce açıkladığımız gibi kira akdi her an yenilenen bir akitir". "ez-Ziyâdât" adlı kitaptaki rivayete göre ise kira akdi, malın teslim alınmasından sonra kusur nedeniyle geri verme durumunda olduğu gibi ancak yargıcın hükmü ile bozulabilir. Bu rivayete göre kiracı, yargıcın akdi bozmadan evden çıktığında bir aylık kirayı tam olarak ödemesi gerekir. Ancak ev sahibi eve kendisi oturarak kiracının evden ayrılmasına yardımcı olmuşsa, bu durumda kiracı yalnızca oturduğu zamanın kirasını öder.

Kiracının kira süresi dolmadan kiralananı terketmesi

Bir kimse evini kiraya vermesi için bir kişiyi vekil etse, o kişi de vekil edenin oğluna, babasına, kölesine veya mükâtebine kiraya verse, kira süresi dolduğunda vekil onlardan kirayı ister de onlar kirayı vermekten kaçınırlarsa, kira bedelini vermeleri gerekli olur. Ancak vekil atayan kişinin kölesi bunların dışındadır. O, kira ödemez. Çünkü vekilin bu kişilerle kira akdi yapması, vekil edenin bizzat yapması gibidir. Vekil edenin kendisi bu kişilerle kira akdi yapsaydı bunlardan ücret alacaktı. Köle ise böyle değildir. Çünkü efendi kölesinden alacaklı olamaz. Onun vekili akdi yaptığı da böyledir. Evi kiraya tutan efendi, ev sahibi de köle olsaydı, köle üçüncü bir kişiye borçlu olmadıkça efendinin kira vermesi gerekli olmazdı. Çünkü kölenin kazancı efendiye aittir. Kölenin üçüncü bir kişiye borcu varsa, efendinin kirayı ödemesi gerekir. Çünkü bu durumda kölenin kazancı, alacaklılara aittir. Alacaklıların hakkı efendinin hakkından önce gelir. Bu konuda kölenin borcu ödenmedikçe efendi yabancı bir kişi gibidir.

Kira akdinde vekillik

Kiracı, vekilin oğlu veya babası olursa; Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre kira akdi geçerli olmaz. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre geçerli olur. Vekil kiranın ödenmesini ister. Bu, malı satmaya vekil kılınan kişi gibidir. Bilindiği gibi satıma vekil olan kişi, lehinde tanıklık yapması câiz olmayan kişilere satış yapabilir. Biz bu konuyu "satış" konusunda ele almıştık.

Vekilin
yaptığı
kira
akdinin
geçersiz
olması

Vekil, evi geçersiz bir akitle yabancı bir kişiye kiralarsa kendisine ödeme gerekmez. Çünkü vekil, akdın geçersiz olması durumunda değil, vekil edenin emrine aykırı davranması durumunda ödemeye yükümlüdür. Herkes Ebû Hanîfe (rh.a.) gibi akdi geçersiz kılan nedenleri bilmez. Kiracı evin emsal kira bedelini öder. Çünkü vekil, gerçekleştirdiği bu tasarrufta vekil edenin yerini almıştır. Sanki vekil eden geçersiz akdi bizzat yapmış gibidir. Ücreti ise vekil ister. Çünkü ücret onun yaptığı akitle gerekli olmuştur.

[15/156]

Kiraya
vermeye vekil
olan kişinin
âriyet vermesi
veya hibe
etmesi

Bir kimse evini onarmak koşuluyla ücretsiz olarak oturması için bir kişiye verse, o kişi de evi bir başkasına kiraya verse ve ev kiracının oturması sonucu yıkılsa ev sahibi kiracıya ödettirir. Kiracı da ödediğini, evi kendisine kiraya verenden geri alır. Çünkü ev sahibi evi verdiği kişiye âriyet olarak vermiştir. Âriyet olarak bir şeyi teslim alan kimse onu bir başkasına kiraya veremez. Bu nedenle kiracı gaspçı hükmünde olup, kendi oturması sonucu yıkılan yeri ödemeye yükümlü olmuştur. Kiracı ödediğini, kiraya verenden geri alır. Çünkü kiracı, ödeme gerektiren bir akitle, kiraya veren tarafından aldatılmıştır. Ev sahibi, kiraya veren kişiye ödettiremez. Ancak Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşü ile Muhammed (rh.a.)'in akarın gasbı konusundaki görüşü gereği ödettirebilir.

Bir kimse evini kiraya vermesi için bir kişiyi vekil etse, vekil de evi bir kişiye hibe veya âriyet olarak verse, o kişi de yıllarca o evde otursa, sonra ev sahibi gelse ne vekilden ne de evde oturan kişiden kira alabilir. Çünkü onların her biri gaspçıdır. Vekil, evi hibe ve âriyet olarak verme konusunda vekil edenine karşı gelmiştir. Ancak yarar gaspçı tarafından ödenmez. Çünkü yarar, bir akit olmadan değer kazanmaz.

Bir kimse bir ev kiralasa, ev kilitle olsa, ev sahibi kiracıya “Anahtarını al, evi aç, otur.” dese, kiracı kilidi açmak için demirciye yarım dirhem ücret verse ve evi açsa ödediğini ev sahibinden geri alamaz. Çünkü demirci ile akit yaparak bunu kendisi üstlenmiştir. Bu konuda, ev sahibi tarafından kendisine emir verilmiş değildir. Demirci kilidi açmaya uğraşırken kilit kırılrsa, demirci bunun değerini öder. Çünkü demirci ortak işçi (ecîr-i müşterek)tir. Bu nedenle kendi kusuru ile meydana gelen hasarları öder. Kiracı normal bir biçimde kilidi açmaya uğraşırken kilit kırılrsa kendisinin ödeme yükümlülüğü yoktur. Çünkü kilit sahibi evi açma konusunda ona izin vermiştir. Onun evi açmasının karşılığı olarak bir bedel yoktur. Aynı şekilde demirci, kilidi açmak için hafif bir biçimde uğraşırken kilit kırılrsa demircinin de ödeme yükümlülüğü olmaz.

Muhammed (rh.a.) bu ifadeyle şunu kastetmektedir: Kırılmanın demircinin fiili ile olmadığı biliniyorsa onun ödemesi gerekmez. Çünkü ortak işçi kendi fiili olmaksızın telef olan şeyi ödemez.

Allah daha iyi bilir.

HAMAMLARIN KİRALANMASI

“Ammâre b. Ukbe’den nakledildiğine göre o şöyle demiştir: “Ben Osman b. Affân (r.a.)’ın yanına geldim. O bana neye sahip olduğumu sordu. Ben de ona hacamat yapma işinden gelir kazanan kölelerim ve geliri bulunan bir hamamım bulunduğunu söyledim. O, hacamat yapan kölelerden ve hamamdan gelir kazanmamı iyi karşılamadı.”

Hacamat yapan kişinin kazancı ile ilgili konu daha önce geçmişti. Hamamın gelirine gelince; bazı âlimler bu hadisin görünüşüne bakarak bunu mekruh görmüşlerdir.”

Bu görüşte olanlar “Hamam şeytanın evidir.” demişlerdir. Resûlullah (s.a.v.)’da onu; içinde avret (örtülmesi gereken) yerlerinin açıldığı, kirli suların ve pisliklerin döküldüğü en kötü ev olarak isimlendirmiştir. Bazı âlimler ise erkekler hamamı ile kadınlar hamamını birbirinden ayırarak şöyle demişlerdir: Kadınlar için hamam yapmak mekruhtur. Çünkü onların evlerinden dışarı çıkmaları yasaklanmış, evlerinde oturmaları emredilmiştir. Kadınların bir araya gelmeleri durumunda fitnenin bulunmaması pek nadirdir. Rivayet edildiğine göre bir grup kadın Ayşe (r.a.)’nin yanına girdiler. Ayşe onlara “Siz hamamlara giden kadınlardansınız.” diyerek onların dışarı çıkarılmasını emretti.

**Hamam
edinmenin
hükümü**

Bize göre doğru olan görüş şudur: Erkekler ve kadınlar için hamam yapmakta bir sakınca yoktur. Çünkü buna, özellikle de bizim bölgemizde ihtiyaç vardır. Kadınlar için buna daha çok ihtiyaç vardır. Çünkü kadın; hayız, nifas ve cünüplükten yıkanma ihtiyacı duyar. Bunu ise erkekler gibi ancak nehirlerde ve havuzlarda yapabilir. Ayrıca yıkanmanın amacı insanın kirliliğini gidererek süslenmesidir. Kadınların süslenmeye daha çok ihtiyacı vardır. Resûlullah (s.a.v.)’ın Cuhfe hamamına girdiği sahih olarak rivayet edilmiştir.

[15/157]

Hamama girmenin mekruh oluşu ile ilgili rivayet, avret (örtülmesi gerekli) yerlerinin açık olması durumunda mekruh olur, şeklinde yorumlanır. Avret yerlerinin örtülü olması durumunda ise hamama girmede bir sakınca yoktur.

Ev ve dükkânlardan kira geliri elde etmede bir sakınca olmadığı gibi hamamın gelirinden yararlanmada da bir sakınca yoktur.

Bir kimse belirli bir ücret karşılığında belirli bir süre için hamam kiralasa bu câiz olur. Çünkü bu, dinen mübah bir şekilde yararlanılabilen bir ayn’dır.

**Hamam
kiralamak ve
karşılığında
ücret almak**

Bir kimsenin hem erkekler hem de kadınlar hamamı bulunsa ve kira akdi sırasında yalnızca “hamam” diye belirtilse, kıyasa göre bu kiralama geçersiz olur. Çünkü bu şekilde kiralayan kişi bir tek hamam kiralamıştır. Olumlu cümlede kullanılan belirsiz sözcük özellik ifade eder. Bu durumda bu kişinin hangi hamamı kiraladığı bilinmemiş olur. Her iki hamam, kullanılış maksadı bakımından

birbirinden farklıdır. Bu bilinmezlik nedeniyle taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelir.

Muhammed (rh.a.) şöyle demektedir: Kıyas bunu gerektirmekle birlikte dildeki örf nedeniyle ben iki hamamın birlikte kiralınmasını onaylarım. Çünkü bir kimsenin iki hamamı olduğu halde bunlar hakkında “falanın hamamı” denir. Örfle bilinen şey, açıkça koşul konulmuş gibidir.

Hamamın kirecini, havuzunu, su boşaltma yerlerini onarmak ve kazanlarını onarmak hamam sahibine aittir. Çünkü hamamdan beklenen yarar ancak bunlarla tamamlanır. Kiraya veren, kiracının amacına uygun bir şekilde kira konusu maldan yararlanmasına imkân tanımalıdır. Ayrıca bu konuda örf, belirleyicidir. Örfle göre bu işleri hamam sahibi yapar.

Hamam sahibi hamamın onarılmasını kiracıya koşul koyarsa, bu akit geçersiz olur. Çünkü onarım kiraya verene aittir. Bu koşul, akdın gereklerine aykırıdır. Ayrıca kiracı üzerine koşul konulan şey kira ücretindedir. Bunun ise miktar, cins ve niteliği bilinmemektedir. Ücretteki bilinmezlik akdi geçersiz kılar.

Hamam sahibi, kiracının her ay kira ile birlikte onarım için toplam on dirhem ödemesini koşul koysa ve bunu hamama harcama yapmasına izin verse bu câizdir. Çünkü bunun miktarı bellidir. Hamam sahibi kendi mülküne yapacağı harcamada, kiracıyı vekili kılmıştır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) bunu, “Satışlar” konusunda “Bir kimsenin kendisine borcu bulunan kişiye ‘Bana olan borcunu öde’ demesi” meselesinde Ebû Hanîfe (rh.a.) aleyhine delil getirmişlerdir. Satışlar konusundaki meselede, hamam sahibi, kiracının hamamı onaracak malzemeyi kimden alacağını ve onarım için hangi işçiyi tutacağını belirtmemiştir. Bununla birlikte bu vekil kılmaya cevaz vermiştir. Aynı şekilde bundan sonra “Hayvanların kiraya verilmesi” konusunda Ebû Yusuf (rh.a.) şunu söyler: “Hayvanını kiraya veren kişi, kiracının kiranın bir kısmını hayvanın yemine harcamasını istese bu câiz olur.” Bu iki mesele birbirinin aynısıdır.

Hanefî âlimlerimizden bazıları bu hükmün Ebû Yusuf ve Ebû Hanîfe (rh.a.)’ye ait olduğunu zannetmişlerdir. Oysa kıyasa göre Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin görüşüne göre bu câiz değildir. Doğru olan görüşe göre bu tüm imamların görüşüdür. Ebû Hanîfe (rh.a.) burada kolaylaştırma amacıyla istihsâna göre hüküm vermiştir. Hamamı kiralayan kişinin, her defasında hamam sahibinin görüşünü alması zor olur. Hayvanı kiralayan kişi de böyledir. Ayrıca mal sahibi, kiracının borcunu nereye harcayacağını belirtmiştir. Bu nedenle bu, kiminle işlem yapacağını belirlemesi gibidir. Nitekim alacaklı olan kimse borçludaki alacağını borçlunun kendisinin ailesine harcamasını emrettiğinde de böyledir. Selem konusu bundan farklıdır.

Kiracı “Ben hamama harcama yaptım.” dese, delil getirmedikçe sözü kabul edilmez. Çünkü kira, onun zimmetinde bir borçtur. Borçlu borcu ödediğini iddia ettiğinde delil getirmedikçe sözü kabul edilmez. Hamam sahibinden de “Bildirim

kadarıyla harcama yapmadı." şeklinde yemin etmesi istenir. Çünkü hamam sahibi bunu ikrar etse, ikrar ettiği şey kendisi hakkında bağlayıcı olur. İnkâr ettiğinde ise yeminden kaçınma olasılığı bulunduğundan kendisine yemin ettirilir. Ancak başkasının fiili üzerine yapılan yemin "bildiğim kadarıyla" şeklinde olur.

Aynı şekilde kiracı, bu harcamada kendisinin emin sayılmasını ve bu konuda sözünün kabul edilmesini koşul koysa bile onun sözü kabul edilmez. Çünkü borçlu, zimmetinde bulunan şeyi ödemekle yükümlüdür. Ödemeye yükümlü olan kişinin emin olmasını koşul koymak dinin hükmüne aykırıdır. Bu nedenle geçersizdir. Hamam sahibi ve kiracı ücreti alıp hamama harcamak üzere üçüncü bir kişi tutsalar, kiracı "Ben ücreti ona ödedim." dese, hamam sahibi de onu yalanlasa, adaletli olan üçüncü kişi ücreti teslim aldığını ikrar ederse, kiracı ücretten kurtulur. Çünkü üçüncü kişi ücreti teslim alma konusunda hamam sahibinin vekilidir. Dolayısıyla onun ücreti teslim almasını ikrar etmesi geçerli olup, bizzat vekil eden ikrar etmiş sayılır. Hamam sahibi bu kişiyi ücreti teslim almaya yetkili kıldığında, haber verme konusunda da onu yetkili kılmış olur. Adaletli kişi, kendi eline geçen şey konusunda güvenilirdir. Bu nedenle elinde olan şeyin zayı olduğu veya bunu gerekli yere harcadığı konusunda tıpkı emanet alan kişi gibi yeminle birlikte sözü kabul edilir. Âdil olan bu kişi ücrete kefil olmuşsa bu durumda kiracı gibi olup, kendisi emin konumunda bulunmaz. Dolayısıyla sözü doğrulanmaz. Çünkü kefil, tıpkı asıl borçlu gibi zimmetinde üstlendiği şeyi ödemekle yükümlüdür.

Hamam sahibi, akitte koşul konulmasa bile kiracının su kuyusunu kullanmasını ve hamamın suyunu boşaltmasını veya pislikleri atma yerini kullanmasını engelleyemez. Çünkü bu irtifak haklarındandır. Yararlanma ancak bunlarla gerçekleşir. Bu nedenle bunlar akde tâbi olmuşlardır. Tâbi olan şey aslın anılmasıyla anılmış olur. Bu, hamamın girişi ve avlusu gibidir. Akitte koşul konulmasa bile akde girer.

Taraflar hamamın kazanlarında anlaşmazlığa düşseler, bunlar hamam sahibinin olur. Çünkü bunlar hamamın binasına dahildir. Ayrıca görünüş hamam sahibini desteklemektedir. Çünkü kazan alıp, bunları onarmak hamam sahibinin görevidir.

Hamam sahibi, kiracı ile birlikte güvenilen bir kişiyi hamama yerleştirmek ve onun ücreti günü gününe teslim almasını sağlamak isterse bunu yapamaz. Çünkü kiracı bu hamamın gelirinden yararlanma konusunda daha fazla hak sahibi olmuştur. Onun izni olmaksızın başka hiç bir kimse burada bulunamaz. Çünkü hamam sahibi, hamamın gelirinden (kira dışında) bir şey alamaz. O ancak kiracının zimmetinde bulunan, kararlaştırılan kira bedelini alabilir. Hamamdan sağlanan gelir konusunda yabancı konumundadır.

Kira süresi dolduğunda hamamda çok miktarda gübre varsa ve her iki taraf bunun kendisine ait olduğunu iddia ederse, bu kiracının olur. Çünkü bu, diğer mallar gibi taşınabilir bir şeydir. Ayrıca görünüş kiracıyı desteklemektedir. Yine bunu temizlemek hamam sahibine değil, kiracıya aittir. Bu nedenle kendisine bunu temizlemesi emredilir. Çünkü gübrenin bulunduğu yer hamam sahibine aittir. Burada kiracının hakkı kalmamıştır. Bu nedenle eşyasını başkasının mülkünden çıkarması gereklidir.

Yararlanılabilir durumda olan küle de her iki taraf "Bu kül bana aittir, dolayısıyla ondan ben yararlanırım." dediğinde de kiracının sözü kabul edilir. Kiracı külün kendi yaptığı iş sonucu oluştuğunu inkâr ederse, kendisinin sözü kabul edilir. Çünkü hamam sahibi kendisi lehine kiracı üzerinde bir hak iddia etmektedir. Bu hak da külü taşıyıp bu bölgeyi boşaltmaktır. Bu nedenle bu konuda delil getirmesi gereklidir. Yeminle birlikte kiracının sözü kabul edilir.

Yapılan akitte hamam sahibi; kül, gübre ve kirli suların boşaltılmasını koşul koysa, bu koşul kira akdini geçersiz kılmaz. Çünkü bu iş, su boşaltılan yer açık olsun, kapatılmış olsun zaten mutlak kira akdi ile kiracının yükümlülüğüne girmiştir. Kanal ve tuvalet ise böyle değildir. Biz bunlar arasındaki farkı daha önce açıkladık. Bu işler, koşul konulmaksızın kiracının görevi olduğundan, koşul koymakla yalnızca pekişmiş olur. Kira akdinde bunların bir kısmını hamam sahibinin yapması koşul konulsa akit geçersiz olur. Çünkü bu koşul, akdin taraflarından biri açısından yararlı bir koşuldur. Akit bunu gerektirmemektedir. Bu koşul satım akdini geçersiz kıldığı gibi kira akdini de geçersiz kılar.

[15/159]

Kiracıya
görevi olan
şeyleri koşul
koymak

Hamam sahibi, kiracıya "İki aylık kira borcunu hamamı onarmak için bıraktım." dese bu kira akdini bozmaz. Çünkü hamam sahibi bu sözle kiracıyı belirtilen miktarda alacağı hamama harcama konusunda vekil kılmıştır. Kiracı "Harcamayı yaptım." dese, delil getirmediğçe doğrulanmaz. Bu, daha önce açıkladığımız her ayda on dirhemi masraf için ayırma meselesinin benzeridir.

Kiralanan iki
hamamdan
birisinin,
teslimden
önce
yıkılması

Bir kimse, aylığı belirli bir ücrete belirli süre için iki hamamı kiralasa, teslim almadan önce hamamların biri yıkılsa kiracı diğer hamamı bırakabilir. Hamamlardan biri teslim aldıktan sonra yıkılırsa, kalan hamamda kira akdi bu hamamın ücreti üzerinden devam eder. Çünkü akdin tamamlanması hamamın teslim alınmasıyla olur. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi kendisinden yararlanılan ayn, akdin kendisine dayandırması bakımından yarar yerine konulur. Teslim almakla akdin tamamlanması konusunda da aynı durum söz konusudur. Tamamlanmadan önce akdin bölünmesi, akdi yapan kişiye seçim hakkı verirken, akdin tamamlanmasından sonra bölünme bu hakkı vermez. Nitekim bir kimse iki köle satın alsa, teslim almadan önce kölelerden biri ölse veya sahibi çıksa alıcı kalanı alıp almamada seçim hakkına sahiptir. Teslimden sonra ise böyle değildir.

Bir kimse iki ev kiralasa, bunları teslim aldıktan sonra birisi yıkılsa, kalan evde akdi devam ettirip ettirmeme konusunda seçim hakkına sahip olmaz. Ancak teslimden önce yıkılması durumu bundan farklıdır.

Hamam sahibi, kiracının her ay on siva malzemesi vermesini koşul koysa bu akit geçersiz olur. Çünkü akitte koşul konulan kireç taşının (siva malzemesi) miktarı ve fiyatı her zaman bilinemez. Bilinmeyen bir şeyi, bilenene eklemek bunların tümünde bilinmezlik meydana gelmesini gerektirir.

Bir kimse bir hamam ve bir köle kiralasa, her ikisini de teslim aldıktan sonra köle ölse hamam üzerindeki akit, ona ait kira bedeli üzerinden bağlayıcı olur. Çünkü akdin amacı hamamdan yararlanmaktır. Kölenin ölmesi ile bunda bir eksiklik meydana gelmez. Biz daha önce tamamlandıktan sonra akitte meydana gelen bölünmenin, akdi yapan kişiye bozma hakkı vermediğini belirtmiştik.

Eğer hamam yıkılırsa; köleyi bu hamamdaki işleri görmek üzere kiralamışsa kiracı dilerse köle üzerindeki kira akdini de bozabilir. Çünkü kölenin kiralınması burada esas amaç değildir. O, yalnızca hamamın işlerini görmesi için kiralınmıştır. Hamamın yıkılması ile bu durum ortadan kalktığından bu köledeki kira akdini bozma konusunda kiracı için bir özür sayılır. Bu, şuna benzer; bir kimse un öğütmek üzere bir değirmen ve öküz kiralasa, daha sonra değirmen yıkılsa belirttiğimiz nedenle bu kiracı öküz üzerindeki akdi bozma hakkına sahip olur. Ancak kişi, iki hamam kiralar da, bunları teslim aldıktan sonra bunlardan biri yıkılırsa diğerinde seçim hakkına sahip olmaz. Çünkü onların her birinden yararlanmak akitle elde edilmek istenen amaçtır. Bu da teslim alma sonrasında devam etmektedir. Çünkü hamamlardan birinin yararı diğerine bitişik değildir.

Bir kimse bir hamam kiralasa, teslimden önce veya sonra bu hamamın bir odası yıkılsa kiracı hamamı terkedebilir. Çünkü hamamın odalarının yararları birbirine bitişiktir. Odalardan bir kısmı yıkıldıktan sonra, hamamdan yıkılma öncesinde olduğu gibi yararlanmak mümkün olmaz.

“Bir kimse ücretle hamama girse, elbiselerini de koruması için hamam sahibine verse, elbiseler telef olsa hamam sahibinin bunları ödemesi gerekmez.”

[15/160]

Şürayh (rh.a.)’ten bu şekilde rivayet edilmiştir. Çünkü hamam sahibi, elbiseler konusunda tıpkı ved’ayı teslim alan kişi gibi emanetçi konumundadır. Çünkü hamam sahibinin bu kişiden aldığı ücret, elbiseyi koruma karşılığında değil, hamamın ücretidir. Hamam sahibi, hamama girenlerin elbiselerini korumak için değil, insanlardan ücret toplamak için beklemektedir. Dolayısıyla o, ödemeye yükümlü olmaz. Ancak elbiseleri ücretle koruyan kişi, koruma konusunda ortak işçi hükmündedir. Ebû Hanîfe (rh.a.)’ye göre elbiselerin çalınması durumunda bu kişinin ödemesi gerekmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)’e göre ise öder.

Hamam sahibinin müşterilere karşı sorumlulukları

Elbiseleri ücretle koruyan kişi, bir kişinin başka bir kişiye ait elbiseyi giydiğini gördüğü halde, elbiseyi onun sanarak bunu engellemese ittifakla bunu ödemesi gerekir. Çünkü o, elbiseyi zayi etmiş, korumayı terketmiştir. Onun meseleyi başka türlü zannetmesi geçerli değildir.

Bir kimse bir dânik karşılığı hamama girse ve hamam sahibinin kendisini keselemesini, hamam otu gibi temizlik maddesi vermesini istese kıyasa göre bu geçersizdir. Çünkü parlatma (temizleme, keseleme) konusunda bu kişinin koşul koyduğu şeyin miktarı bilinmemektedir. Çünkü bu, insanların durumlarına göre değişiklik gösterir. Kıyasa göre hüküm böyle olmakla birlikte Muhammed (rh.a.) insanların bunu uygulaması nedeniyle kıyası terketmiştir.

Aynı şekilde bir kimse, bir fels karşılığında yıkanmak üzere hamama girse; bu kişinin hamamda kalacağı süre, kullanacağı su miktarı bilinmediği için kıyasa göre geçersizdir. Ancak Muhammed (rh.a.) istihsan deliline göre hükmederek bu akdi onaylamıştır. Çünkü bu, insanların uygulamasıdır, insanlar bunu güzel görmüşlerdir. Nitekim Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ خَسًا فَيُحِبُّهُ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنًا

*"Müslümanların güzel gördüğü bir şey Allah katında da güzeldir."*⁷²

Ayrıca hamamda kalış süresini ve kullanacağı suyun miktarını bildirmeyi koşul koymak bir zorluktur. Oysa zorluk dinen ortadan kaldırılmıştır.

"Bir kimse, bir yıllığına kazanı bulunmayan bir hamam kiralasa ve kazanları da başkasından kiralasa, kazanlar kırılsa bu kişi de hamamda bir ay çalışmamış olsa, hamam sahibi ücretini alır."

Çünkü o, kira akdi ile üstlendiği bir biçimde hamamı teslim etmiştir. Kiracı başkasından kazan kiralayarak hamamdan yararlanma imkânına sahiptir. Bu nedenle hamam sahibine kirayı ödemesi gerekir. Ancak kazanlar hamam sahibinin olur da kırılırsa hamam sahibi bunları onarmadıkça kira ödemez. Çünkü kiracı, akitle elde ettiği hakka uygun olarak hamamdan yararlanma imkânı bulamaz. Kazanların kırıldığı tarihten itibaren kazan sahibine de ücret verilmez. Çünkü kazanlardan yararlanma imkânı ortadan kalkmıştır. Bu kazanlar kiracının normal olan fiili ile veya onun fiili olmayan bir nedenle kırılmış olursa, kiracının ödeme borcu bulunmaz. Çünkü o, kazanlar konusunda emanet alan kişi hükmünde olup, bunları kullanmasına kazanların sahibi tarafından izin verilmiştir.

Allah daha iyi bilir.

⁷² Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/379; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, IX/112; Hâkim, *Müstedrek*, III/83.

ÜCRETLE ÇOBAN TUTMAK

“Bir kimse, belirli bir ücret karşılığında kendi koyunlarını gütmesi için belirli bir süre için bir çobanla hizmet sözleşmesi yapsa, câizdir. Çünkü akdin konusu bilinen bir şey olup, teslimi mümkündür. Çoban özel işçi (ecîr-i hâs) olabileceği gibi, ortak işçi (ecîr-i müşterek) de olabilir. Koyun sahibi, kendi koyunları ile birlikte başka koyun gütmemesini koşul koyarsa bu koşul câizdir.”

Hayvanları
otlatmak
için çoban
tutmak

Çünkü, koyunların sahibi bu koşulla çobanı özel işçi olarak tutmaktadır. Bununla ortaya çıkmaktadır ki akdin konusu (ma'kûdün aleyh) çobanın akit süresi içindeki hizmetidir. Akdin konusunu belirleyen koşul, akdi yalnızca pekiştirir.

[15/161]

Sürüden bir koyun ölürse çoban bunu ödemez. Çünkü o, elinde bulunan sürü hakkında emindir.⁷³ Bu, koyunun bedeli oranında çobanın ücretinden de düşülmez. Çünkü akdin konusu çobanın hizmetidir. Sürünün bir kısmının ölmesiyle onun hizmetinde veya hizmetin tesliminde bir eksiklik meydana gelmiş olmaz.

Çobanın
önünde
telef olan
hayvanın
ödemesi

Çoban, bu sürünün yanında başka hayvanlar güdemaz. Çünkü onun göreceği iş, akitle ilk kişinin hakkı olmuştur. Bu nedenle çoban, hakkı başkasına teklif etme yetkisine sahip olamaz. Bu, başkasının mülkünde yapılmış bir kullanımdır.

Sürü sahibi onun vurmasına izin vermemiştir. Bu, vurma sonucu koyunu öldürmesine benzer. Çoban koyunları nehirde sularken koyunlardan birisi düşerek boğulsa kendisine ödeme gerekmez. Çünkü çoban, koyunları sulama konusunda izinlidir. Özel işçi, kumaşı beyazlatmak için dövme durumunda olduğu gibi, izin verilen bir işi yaparken telef olan şeyi ödemez. Koyunlardan birisi otlakta telef olsa veya yırtıcı bir hayvan yese hüküm yine böyledir. Çobanın telef olan hayvan hakkındaki sözü yemin ettirilerek doğrulanır. Çünkü o, elinde bulunan şeyler konusunda emanet alan kişi konumundadır. Söz de yeminle birlikte emanet alana aittir.

Koyunların yarısı veya daha çoğu telef olsa, çoban onları güttüğü sürece tam ücret alır. Çünkü onun ücreti hak etmesi, kendisini bu işe vermesi ileldir. Bu nedenle çoban, başkası adına da hayvan otlatırsa, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre dilediği kişinin koyunlarını güder. O, koyunları götürme, sulama vb. gibi kendisinin fiili ile telef olan koyunları öder. Çünkü ortak işçi, görünüşte işi yapmada akde aykırı davranmamış olsa bile kendi kusuru sonucu telef olan şeyi ödemeyle yükümlüdür. Nitekim çamaşır beyazlatıcılığı yapan kişi, çamaşırı döverken çamaşır yırtılsa onu öder. Koyunların; ölmesi, çalınması veya yırtıcı hayvan tarafından yenmesi gibi çobanın fiili olmaksızın telef meydana gelirse çobanın ödeme yükümlülüğü yoktur.

Ortak işçinin,
elinde telef
olan malı
ödemesi

⁷³ **Emin;** Kendi kusur veya haksız fiili olmaksızın elindeki malın telef olması durumunda ödemeyle yükümlü olmayan emanetçi kişi demektir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise koyunun kendiliğinden ölmesi dışında diğer tüm durumlarda çoban ödemeyle yükümlüdür. Çünkü kendiliğinden ölmesinden kaçınmak mümkün değildir. Ancak çobanın koyunun öldüğü iddiası bir delil ile doğrulanır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in prensiplerine göre ortak işçinin, malı teslim alması kendisini ödeme yükümlülüğü altına sokar. Bundan sonra çobanın koyunların öldüğünü iddia etmesi, geri verme iddiasında bulunması gibidir. O, bununla kendisinden ödemeyi düşüren şeyi iddia etmektedir. Bu nedenle tıpkı gaspeden gibi, bir delil getirilmedikçe doğrulanmaz.

Sürünün sahibi, yapılan sözleşmede çobanın kendi fiili ile telef olan şeyi ödemesini koşul koysa, bu koşul akdi geçersiz kılmaz. Çünkü bu, koşul konulmasa da zaten çobanın görevidir. Bu koşul yalnızca bunu pekiştirmektedir.

**Dinin
hükmüne
aykırı olan
bir şeyi
çoban için
koşul
koymak**

Sürü sahibi, kendiliğinden ölen koyunları çobanın ödemesini koşul koyarsa akit geçersiz olur. Çünkü bu koşul, dinin hükmüne aykırıdır. Ayrıca çoban bu koşulu kabullenmekle, kendi imkânı dahilinde olmayan bir şeyi yani koyunun ölmesini önlemeyi üstlenmektedir. Akdi yapan kişinin kudreti dahilinde olmayan bir şeyi koşul koymak akdi geçersiz kılar.

Sürü sahibi, çobanın fiili olmaksızın çalınan veya yırtıcı hayvanlar tarafından yenilen koyunların ödenmesini koşul koysa Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu koşul akdi geçersiz kılar. Çünkü bu, dinin hükmüne aykırı bir koşuldur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bu koşul, akdi geçersiz kılmaz. Bu, zaten çobanın görevidir. Çoban, özel işçi olursa bunu koşul koymak, akdi geçersiz kılar. Çünkü özel işçinin ödeme yükümlülüğü bulunmadığında imamlar arasında görüş ayrılığı yoktur. Emanetçi olan kişinin ödemeyle yükümlü olmasını koşul koymak geçersizdir. Bu koşulun geçersiz olması kira akdini de geçersiz kılar.

Ortak olan (ecîr-i müsterek) çoban, sürüyü sahiplerine getirdiğinde, yırtıcı bir hayvan sürüden bir koyunu yerinde iken yerse çobanın ödemesi gerekmez. Çünkü çoban, koyunları sahiplerine teslim etmekle sorumluluktan çıkmıştır. Ayrıca çoban, hayvanları gütmeyi üstlenmiştir. Sürüyü sahiplerine geri getirdiğinde bu görev sona ermiş olur. Dolayısıyla bundan sonra telef olan koyunların sorumluluğu kendisine ait değildir.

[15/162]

**Çobanın
sürüyü bir
yakınıyla
götürmesi**

Çoban yalnız tek kişinin veya daha çok kimsenin sürüsünü gütsün veya ortak olsun, koyunları; kölesi, işçisi veya kendi bakımında olan büyük çocuğu ile sahiplerine gönderebilir. Çünkü bu kişilerin koyunları koruma ve gütme konusunda mal üzerindeki yetkileri, çobanın kendisinin yetkileri gibidir. Bunları geri vermede de aynı durum söz konusudur. Bu, örfe göre verilmiş bir hükümdür. Çoban; sürüyü kendi sürüsünü koruduğu gibi korumayı üstlenmiştir. Bu ise bazen bizzat kendisi bazen de kendi bakımında olan kişilerle olur.

Bir kimse, koyun sürüsünü gütmesi için bir aylığına çoban tuttuğunda, çoban ücretle başkasının koyunlarını da gütmek isterse sürü sahibi bunu engelleyebilir.

Bir kişiye ait özel çobanın başkasının koyunlarını da gütmesi

İşçinin bazı günler iş yapmaması

Çünkü burada akitte bir ay süre anılmıştır. Bu sürenin belirtilmesi bu süredeki yararı sınırlandırmak içindir. Bundan, akit konusunun çobanın yararı olduğu anlaşılır. Dolayısıyla çoban özel işçi olur. Çoban, sürü sahibinin haberi olmaksızın bir başkasının koyunlarını da ücretle güderse, ikinci kişiden ücret alabilir. Bu ücret kendisine helal olur. İlk kişinin vereceği ücrette eksiltme de yapılamaz. Çünkü ilk sürü sahibinin amacı tamamen yerine gelmiştir. Çobanın fazladan yüklendiği sıkıntı başkasının sürüsünü gütmek içindir. İkinci kişiden aldığı ücret de kendi işinin karşılığıdır. Dolayısıyla bu kendisine helal olur. Bunun benzeri "Süt anne" meselesinde geçmiştir.

Çoban, ayın bir veya iki gününde sürüyü gütmekten boş geçirse, ücretten bunun payı düşülür. Bu, ister çobanın hastalanması ister sürüyü gütmekten zamanını boşa harcaması nedeniyle olsun farketmez. Çünkü çoban, yararını teslim etmekle ücret almaya hak kazanmaktadır. Özür nedeniyle olsun, özürsüz olsun boş geçen günlerde hizmetini teslim etmiş olmamaktadır.

Bir kimse, koyunlarını gütmesi belirli miktarda para karşılığında ay boyunca veya bir aylığına bir çoban tutsa bu câiz olur. Bu çoban ortak işçi hükmünde olduğundan başkasının koyunlarını da güdebilir. Çünkü sürü sahibi önce çobanın yapacağı işi belirtmiş, daha sonra da işin miktarını ve mahallini (koyunları) belirtmiştir. Bundan anlaşılmaktadır ki, akdin konusu, çobanın yararı değil gütmeye işidir. Bundan dolayı çoban, başkasının sürüsünü gütsün ya da gütmesin ortak işçi hükmünde olur. Akit bu şekilde yapılırken sürü sahibi çobanın başkasının koyunlarını gütmemesini koşul koyarsa bu câiz olur. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz ilk durumdaki gibi özel işçi hükmünde olur. Çünkü biz burada sürü sahibinin önce işi anmasından yola çıkarak, çobanın ortak işçi hükmünde olduğunu söylüyoruz. Ancak sürü sahibi açıkça buna aykırı bir şey söylerse bu sonucu çıkarma (istidlâl) dikkate alınmaz.

Sürü sahibi, çobanın ücret olarak koyunların sütlerini ve yünlerini almasını koşul koyarak koyunları teslim etse bu fasittir. Çünkü ücrette bilinmezlik vardır. Oysa kira akdinin geçerliliği için ücretin bildirilmesi koşuldur.

Sürü sahibi, koyunlardan elde edilecek peynir ve yağın belirli bir miktarının kendisine, geri kalanın da çobana ait olmasını koşul koyarsa bunların tümü geçersiz olur. Çoban peynir ve yağ olarak aldığını öder. Çünkü çoban, başkasının mülkü olan peynir ve yağı almıştır. Asıl maldan ayrı bulunan fazlalık, asıl mala sahip olan kişiye ait olur. Bu durumda çoban emsal ücret alır. Çünkü o, geçer de akde dayanarak işini yapmıştır.

Çobanlık ücreti olarak koyunların süt veya yününü koşul koymak

Ortak bir çoban insanların sürülerini birbirine karıştırırsa, sahipleri de kendi koyunlarını bilemese bu hususda yemin ettirilerek çobanın sözü kabul edilir. Çünkü sürü onun elindedir. Teslim alınan şeyi belirlemede, emanetçi olsun kefil

olsun malı teslim alanın sözü kabul edilir. Nitekim emanet mal alan kişi ile gaspeden (bir malı zorla alan) konusunda da durum bu şekildedir.

Çoban "Ben koyunların kime ait olduğunu bilmiyorum." dese tüm koyunların değerlerini sahiplerine öder. Çünkü ayrıştırılması mümkün olmayacak derecede malları karıştırma, onları telef etme anlamına gelir. Sürü sahipleri kendi mülklerini elde etme imkânı bulamamaktadırlar. Böyle bir karışımla da çoban ödeme yükümlüsü olur. Ödemeyle koyunlar da kendisinin olur. Koyunların karıştırma günündeki değeri konusunda çobanın sözü kabul edilir. Çünkü ödeme yükümlülüğü kendisine aittir. Bunun miktarını belirlemede tıpkı gaspeden gibi yemin ettirilerek söz çobanın olur.

[15/163]

Çobanın
önündeki
koyunların
zekâtını
almak

Birden fazla kişinin sürüsünü güden bir çoban, sürüleri dağlarda güderse, sürü sahibi orada ölen koyunların işaretlerini (damgalarını) getirmesini aksi takdirde bunu ödemeyle yükümlü olacağını koşul koysa bu koşul geçerli olmaz. Çünkü koyun, damgasını almanın mümkün olmadığı bir yerde ölmüş olabilir. Bu koşul konulursa çoban bir koyunu kesip bir kısmını yer ve onun damgasını getirerek "Bu koyun öldü." diyebilir. Damga, koyunun kesilmesi veya kendiliğinden ölmesine göre değişmez. Bundan, söz konusu koşulun bir yararının bulunmadığı anlaşılmış olmaktadır. Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre damgayı getirmese bile çobanın sözü kabul edilir. Çünkü o, elindeki mal konusunda emanetçidir. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise çoban, koyunun öldüğüne dair delil getirmediği, damgayı getirse bile ödemeyle yükümlüdür.

Zekât toplayan memur, hayvan sahibi hazır olmadıkça zekâtı çobandan alamaz. Çünkü zekât memuru zekât toplamaktadır. Zekât ise koyunların sahibine gereklidir. Onun ödemesi ve niyeti ile yerine gelir. Çoban bu konuda onun yerini alamaz. Zekât memuru çobandan koyunların zekâtını alırsa, çobanın ödeme yükümlülüğü bulunmaz. Çünkü çobanın memura engel olma imkânı yoktur. Memurun koyunların zekâtını alması, çoban açısından koyunların ölmesi gibidir.

Çoban, sürüdeki koyunlardan birinin ölmesinden korkar da koyunu keserse, onun kesim günündeki değerini öder. Çünkü sahibi ona kesmesini emretmemiş, aksine bunu yasaklamıştır.

Sürü sahibi ile
çobanın,
koyunların
sayısında
anlaşmamaları

Sürü sahibi ile çoban, çobana teslim edilen koyunların sayısında anlaşmazlığa düşseler, sürü sahibinin belirttiğinden daha fazlasını aldığını inkâr ettiğinden çobanın sözü kabul edilir. Her iki tarafın delil getirmesi durumunda, sürü sahibinin delili, fazlalığı ispat ettiğinden onun delili kabul edilir. Çoban fazlalığı inkâr ettiğinden bunu öder.

Çobanın
koyunlardan
yararlanması

Çobanın koyunların sütünü içme, yeme, satma ve borç verme yetkisi yoktur. Çünkü ona koyunları gütmesi emredilmiştir. Söz konusu şeyler ise gütme işi kapsamında değildir. Çoban bu konuda yabancı gibidir. Bu işlerden birini yaparsa öder.

Sürü sahibi koyunlarının yarısını satsa, çobanı bir aylığına sürüyü gütmek üzere tutmuşsa, onun ücretinde bir indirim yapamaz. Çünkü akit konusu, çobanın yararadır. Çoban, süre içinde kendisini işe vermekle ücreti hak eder. Sürü sahibi, çobanın güdebileceği miktarda koyunu sürüye katmak istese bunu yapabilir. Çünkü o, çobanın bir ay süre içindeki hizmetine sahip olmuştur. Çoban bu konuda, sürü sahibinin bu iş için gücü oranında kullandığı hizmetçisi gibidir.

Bir kimse bir ay süre ile belirli sayıda koyunlarını gütmesi için bir çoban tutsa, kıyasa göre sürü sahibi sürüye yeni hayvan katamaz. Çünkü belirlemenin bir yararı bulunduğu onu dikkate almak gerekir. Burada belirlemenin çoban açısından bir yararı vardır. Çünkü çobanın karşılaştığı sıkıntı, hayvanların sayısına göre değişir. Çoban, yalnızca akit sırasında belirlenen koyunları gütmeyi üstlenmiştir. Sürü sahibi çobana başka bir iş yükleyemeyeceği gibi, akit sırasında konuştukları sayıdan daha fazla hayvan gütmekle de yükümlü tutamaz. Kıyas bunu gerektirmekle birlikte Muhammed (rh.a.) istihsâna göre hüküm vererek şöyle demiştir: "Sürü sahibi çobanın güç yetirebileceği miktarda koyunu sürüye katabilir. Çünkü akit konusu, çobanın yararadır. Akit sırasında öncelikle süre belirlenmiştir. Sürü sahibinin sürüyü belirlemesi, akdin hükmünü bunlarla sınırlamak için değil, kira akdinde bu hizmetle neyin amaçlandığını açıklamak içindir. Sürü sahibinin bu belirlemesinden sonra çobanın hizmeti sürü sahibine ait olmaya devam ettiğinden, sürü sahibi çobanın güç yetirebileceği miktarda işi ona yükleme hakkına sahip olur. Ancak ona, gütmeye işinden başka bir şey yükleyemez. Çünkü sürü sahibinin akitteki amacı açıktır. Bu da koyunların güdülmesidir. Gütmeye işi ile ilgili olmayan bir başka şey akdin hükmüne girmez. Muhammed (rh.a.) daha sonra şöyle demiştir: "Görmez misin koyunlar yavrusa, kıyasa göre yavruları gütmekle yükümlü değildir. Çünkü yavru doğduktan sonra başka bir koyun olmaktadır. İstihsana göre çoban onlarla birlikte yavrularını da gütmekle yükümlüdür." Muhammed (rh.a.)'in âdeti meseleye daha açık olan şeyi delil olarak getirmektedir.

Sürü sahibi, çobanı bir aylığına değil de, belirli sayıda koyunu aylığı şu kadar ücret karşılığında gütmek üzere çobana teslim etse, sürüye yeni koyun katamaz. Çünkü burada akit konusu gütmeye işidir. Çoban, bu işin tümünü akitte belirlenen hayvanlar üzerinde yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle sürü sahibi, çobanı bundan fazla koyun gütmekle yükümlü tutamaz. Sürü sahibi koyunlar içinden bir kaçını satarsa, satılanların payını ücretten düşer. Çünkü akit konusu gütmeye işi olduğundan, çoban tıpkı terzi ve çamaşırcı gibi yalnızca yaptığı iş miktarınca ücrete hak kazanır. Koyunlar yavru olduğunda sürü sahibi bu yavruları çobana güttürme hakkına sahip olamaz. Çünkü yavru doğduktan sonra, başka bir koyun olmaktadır. Sürü sahibi koyunları çobana teslim ederken, bu koyunlar yavru olduğunda yavrularını da gütmeyi koşul koyarsa kıyasa göre bu geçersiz olur. Çünkü akit konusu işidir. Onun mutlaka belli edilmesi gerekir. Onun belli edilmesi de konusunun belli edilmesiyle olur. Burada işin konusu belli değildir. Çünkü o

[15/164]

koyunların kuzulayıp kuzulamayacağı, kuzularsa kaç kuzu olacağı belli değildir. Akit konusunun bilinmemesi de akti bozar. Kıyasa göre böyle olmakla birlikte Muhammed (r.h.a.) istihsâna göre hüküm vererek bunu onaylamıştır. Çünkü bu, insanların uyguladığı bir şeydir. Ayrıca buradaki bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa götürmez. Bilinmezlik akdi bizzat bozmaz. Tarafları anlaşmazlığa götürmeyen bilinmezlik akde etki yapmaz.

Şu ana kadar belirttiğimiz bütün hususlarda deve, sığır, at, eşek, katır gibi hayvanlar koyun sürüsü ile aynı hükümlere tâbidir.

Çoban, hayvanların sahibinin emri olmaksızın bu hayvanların hiçbirini çiftleştiremez. Çünkü bu, çobanın yapacağı işlerden değildir. Çoban bu konuda yabancı gibidir. Buna rağmen bunu yaparsa, çiftleştirme nedeniyle meydana gelen zararı öder. Çoban bunu yapmamakla birlikte sürüdeki erkek hayvanlardan birisi dişi hayvanla çiftleşir ve hayvan telef olursa çobanın bunu ödemesi gerekmez. Çünkü sürü sahibi, erkek hayvanlarla dişileri bir araya getirmekle buna razı olmuştur. Çobanın bunu engelleme imkânı olmadığından ödeme borcu da yoktur.

Sürüden bir hayvan kaçsa, çoban bu hayvanı yakalamak istediğinde diğer hayvanların telef olmasından korkarsa kaçan hayvanı terk edebilir. Çünkü o, iki kötü durumla karşılaşmıştır. Onların daha hafif olanını seçer. Ayrıca çoban, kaçan hayvanın peşinden gitse geride kalan hayvanları telefe maruz bırakmış olur. Üstelik kaçan hayvanı yakalayıp yakalayamayacağı da belli değildir. Çobanın, elinde bulunan hayvanları telefe maruz bırakma hakkı yoktur. Bu nedenle kaçan hayvanı bırakma konusunda yetkilidir. Ebû Hanîfe (r.h.a.)'ye göre kaçan hayvanı ödemesi gerekmez. Çünkü hayvan, onun fiili olmaksızın kaybolmuştur. Çoban, o hayvanın peşinden gitmeyerek onu kaybetmemekte, kalan hayvanları korumuş olmaktadır. Ebû Yusuf ve Muhammed (r.h.a.)'e göre ise çoban kaçan hayvanı öder. Çünkü bu, sonuç bakımından kaçınılması mümkün olan bir durumda kaybolmuştur.

Çoban, kaçan hayvanı geri getirmek üzere birini tutsa bu konuda diğer insanlar gibi karşılıksız yapmış olur. Çünkü sürü sahibi çobana bir başkasını ücretle tutmasını emretmemiştir.

Hayvanlar bir kaç parçaya ayrılırsalar, çoban bu hayvanların tümünü izleme imkânı bulamadığından bir grubun başında beklese, diğerlerini bıraksa bunu yapma yetkisine sahiptir. Çünkü onun yaptığı, koruma imkânı bulunan hayvanları korumaktır. Bununla bir önceki mesele birbirine benzemektedir.

Çoban, birden fazla kişinin sürüsünü güden ortak bir çoban ise, koyunları bir bölgede güder ve bu koyunlar telef olursa, telef olan koyunların sahibi "Ben sana bundan başka bir yerde gütmene koşul koymuştum." dese, çoban da "Aksine burada gütmemi emrettin." dese hayvan sahibinin sözü kabul edilir.

Çünkü izin onun tarafından elde edilmektedir. Eğer hayvan sahibi gütmeye konusunda izin verdiğini tümüyle reddetse yeminle birlikte onun sözü kabul

edilirdi. Her iki taraf delil getirirse, çobanın delili kabul edilir. Çünkü o, delili ile bu bölgede gütmeye izin verildiğini ispat etmektedir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu durumda çoban ödemez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise, koyunun kendiliğinden öldüğüne dair delil getirilmedikçe çoban öder.

Çoban, yalnızca bir kişinin sürüsünü güden özel bir çobansa tüm imamlara göre ödemez. Ancak sürü sahibinin koşuluna aykırı davranırsa öder. Aykırı davranması durumunda sürünün telef olmasından sonra kendisine ücret de verilmez. Çünkü o, ödemeye yükümlü gaspeden konumundadır. Ödemesiyle birlikte, ödemenin gerekli olduğu andan itibaren sürüye sahip olur. Bu durumda onun gütmeye işini kendisi için yaptığı anlaşılmış olur. Bu nedenle başkasından ücret alma hakkı yoktur. Akde aykırı davranan bu çoban, sürüyü sahibine teslim ederse, istihsan delili ile hükmedilerek sürü sahibinin amacı olan koyunların herhangi bir telefle karşılaşmadan güdüldüğü için çobana ücret verilir. Zaten sürü sahibi söz konusu yerde gütmeye koşul koymakla yalnızca bunu amaçlamıştır. Bu amaç başka bir yerde gerçekleştiğinde ücreti vermesi gerekir.

Allah daha iyi bilir.

EŞYANIN KİRALANMASI

‘ Bir kimse, bir elbiseyi, akşama kadar giymek üzere, belirli bir ücret karşılığında kiralasa bu geçerli olur. Çünkü elbise, mubah yolla yararlanılan bir şeydir. Bu kişi elbiseyi başkasına giydiremez.’

Giymek
için elbise
kiralamak

Çünkü akdin konusu bu kişinin elbiseyi bizzat giymesidir. Çünkü belirlemenin bir yararı bulunduğu anda, bu belirleme dikkate alınır. Bu olayda da elbiseyi giyecek şahsın belirlenmesi yararlıdır. Çünkü insanlar, elbise giyme konusunda birbirinden farklıdır. Deri tabaklayan kişi ve çamaşır beyazlatıcılığı yapanın elbise giyişi ile güzel koku satan bir kimsenin giyişi aynı değildir. Evde oturma konusu ise böyle değildir. Çünkü insanlar bu konuda farklılık göstermezler.

Elbiseyi kiralayan kişi bunu başkasına verir, o kişi de o gün giyerse, elbiseye bir şey olursa ödemeye yükümlü olur. Çünkü kiralayan kişi, elbiseyi başkasına giydirme hususunda gaspeden sayılır. Elbise, telef olmaz veya değerini azaltacak duruma maruz kalmazsa, elbise sahibine ücret verilmesi gerekmez. Çünkü akdin konusu, elbiseyi giymekle elde edilen yarardır. Oysa başkasının giymesiyle elde edilen yarar akdin konusu değildir. Akdin konusu dışındaki şeyi elde etmek bedeli gerektirmez. Görmez misin bir kimse belirli bir elbiseyi kiralasa daha sonra da kiraya veren kişiden başka bir elbise gaspederek onu giyse, bu kişinin ücret vermesi gerekli olmaz. Bu elbiseyi başkasına giydirdiğinde de aynı durum söz konusudur. Çünkü elbiseyi giyecek kişiyi belirleme, giyilecek elbiseyi belirlemek gibidir.

Eğer “Elbiseyi başkasına giydiren kişi, bundan bizzat yararlanma imkânına sahiptir. Ücretin gerekli olması için bu yeterlidir. Nitekim kiracı elbiseyi alıp giymeden evine koysa ücreti vermesi gerekir.” denirse buna şu cevabı veririz: Kişinin elbiseden yararlanma imkânının bulunması, elbisenin onun elinde olmasına bağlıdır. Kişi, elbiseyi evine bıraktığında elbise onun elinde olmaya devam eder. Bu nedenle elbise telef olsa onu ödemez. Fakat onu başkasına giydirdiğinde, kiracının elbise üzerindeki kullanımı gerçek anlamda değil, hükmen geçerlidir. Görmez misin bu elbise, giyilmeden telef olsa bile kiracı bunu ödemeye yükümlüdür. Elbiseyi giyen kişinin elbise üzerindeki zilyetliği geçerlidir. Bu nedenle elbise sahibi, onu giyen dışındakine de ödettirebilir. Bu hak, ancak kendisinin elbisedeki zilyetliğinin hükmen ortadan kaldırılmış olması nedeniyle. İşte bundan dolayı, elbiseye bir şey olmasa bile onu kiralayan kişinin bu durumda ücret vermesi gerekmez.

**Giyecek kişi
belirtilmeden
elbise
kiralamak**

Bir kimse, akşama kadar giymek üzere elbiseyi kiralasa fakat bunu kimin giyeceğini belirtmese, akdin konusundaki bilinmezlik nedeniyle akit geçersiz olur. Çünkü elbisenin giyilmesi, kişilere ve giyilen elbiseye göre değişiklik gösterir. Akit sırasında giyecek elbiseyi belirlememek akdi geçersiz kıldığı gibi, giyecek kişiyi belirlememek de geçersiz kılar. Bu, tarafları anlaşmazlığa götüren bir bilinmezliktir. Çünkü elbise sahibi, kiracıdan bunu, elbiseyi en güzel giyip, koruyan kişiye giydirmesini ister. Kiracı ise bunu en hor kullanacak olan kişiye giydirebilir. Her iki taraf da akdin kayıtsız olarak yapılmasını delil olarak ileri sürebilirler. Akit geçersiz olduğunda akitteki belirleme de geçerli olmaz.

[15/166]

Taraflar, elbise giyilmeden önce anlaşmazlığa düşseler kira akdi geçersiz olur.

Kiralayan kişi bunu kendisi giyer ve başkasına da verir o da akşama kadar giyerse bu câizdir. Istihsan deliline göre ücreti ödemesi de gerekli olur. Kıyasa göre emsal kira bedelini ödemesi gerekir. Aynı şekilde bir kimse binmek üzere bir hayvan kiralayarak kimin bineceğini belirtmese veya bir işte kullanmak üzere hayvan kiralayıp yapacağı işi belirtmese, akşama kadar bunu çalıştırdığında istihşâna göre akitte belirlenen ücreti ödemesi gerekir. Kıyasa göre emsal ücreti ödemesi gerekir. Çünkü kiracı, geçersiz akit hükmüne dayanarak yararı elde etmiştir. Belirlenen ücretin gerekli olması ise belirlemenin geçerli olmasına bağlıdır. Akit geçersiz olduğunda belirleme geçerli olmaz.

Istihsanın açıklaması şudur; akdi bozan durum, yani tarafları anlaşmazlığa götüren bilinmezlik ortadan kalkmıştır. Akdi bozan temel nedenin ortadan kalkmasıyla geçersiz olma hükmü de ortadan kalkar. Çünkü bilinmezlik akdin konusundadır. Akdin konusu hakkında kira akdi bir zamana bağlanmış gibidir. Akdin kuruluşu, yararın elde edilmesi sırasında yenilenmektedir. Yararın elde edilmesi anında ise bilinmezlik bulunmamaktadır. Ücretin gerekli olması da bu

sıradadır. İşte bu nedenle biz, akitte belirlenen ücretin ödenmesini gerekli kıldık. Sondaki belirlemeyi başlangıçtaki belirleme gibi kabul ettik.

Elbise telef olursa kendisine ödeme gerekmez. Çünkü bu kişi elbiseyi kendi giyse de başkasına giydirse de bir önceki meselenin aksine akde aykırı davranmış değildir. Çünkü önceki meselede kişi, akit sırasında elbiseyi kendisinin giyeceğini belirlemiştir. Dolayısıyla onu başkasına giydirmekle akde aykırı davranmış olmaktadır.

**Kiralanan
eşyayı
kullanmayıp
bir yerde
tutmak**

Bir kimse, akşama kadar giymek üzere bir gömlek kiralasa ve bunu evine bıraksa ve giymeden akşam olsa ücreti tam olarak ödemesi gerekir. Çünkü elbise sahibi elbiseyi teslim etmekle, kiracının akdin konusunu elde etmesine imkân tanımıştır. Bunun dışındaki durumlar elbise sahibinin gücü dahilinde değildir. Kiracı elbiseyi bundan sonra giyemez. Çünkü sürenin dolmasıyla akit sona ermiştir. Giyme konusundaki izin akit hükmü ile idi. Akdin sona ermesinden sonra izin devam etmez.

Bir kimse, elbiseyi giymeyip sabahtan akşama kadar üzerinde bulundursa kendisine tam ücret gerekir. Çünkü elbiseyi üzerine almak da giymektir. Ancak bu tam bir giyme değildir. Gömlek giymekten amaç bununla bedeni örtmektir. Belirttiğimiz şekilde gömleği üzerine almakla bu örtmenin bir kısmı gerçekleşir.

Gömleği kiralayan kişi, bu gömleği akşama kadar belinden alt tarafına örtse, gömlek yırtılırsa bedelini öder. Çünkü gömleğin, peştamal gibi sarılması âdet değildir. Kişi akitte mutlak olarak anmakla âdete uygun bir şekilde giyme hakkını elde etmiş olur. Bu nedenle gömleği belinden aşağıya doladığında onu gaspetmiş olur. Onun için, gömlek yırtıldığında ödemeyle yükümlü olur. Gömleği giymeksizin üzerine alması böyle değildir. Çünkü bu, bazı durumlarda âdete uygundur.

**Kiralanan
eşyayı
normal
olmayan
şekilde
kullanmak**

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Gömleği belden aşağıya sarmak gömleği bozar. Kiracının yaptığı bu davranış, elbise için akitte yer alan giyim tarzından daha zararlıdır. Gömleği, kişinin giymeksizin üzerine alması ise gömleği bozmaz. Bunun zararı giymekle aynı veya ondan da düşüktür. Gömleği kiralayan kimse, belirtilen şekilde giydiği halde gömleğe bir şey olmazsa istihsâna göre ücreti ödemesi gerekli olur. Kıyasa göre ücreti ödemesi gerekmez. Çünkü o, akde aykırı davranmıştır. Ödeme yükümlüsü olmuştur. Bilindiği gibi ödeme yükümlülüğü ve ücret bir arada bulunmaz. Nitekim elbiseyi başkasına giydirmesi durumunda böyledir.

İstihsanın açıklaması ise şudur; Kiracı, elbise kendisinin elinde bulunmadığı için elbisenin yararını elde etme imkanına sahiptir. O, elbiseye akit gereğinden daha fazla bir zarar verdiği ödeme yükümlüsü olmuştur. Akit konusunu elde etme imkanına sahip olduğu için ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Elbisenin yırtılması ise bundan farklıdır. Çünkü bu durumda ödeme yükümlüsü olduğundan, ödeme anından itibaren elbiseye sahip olur. Kendi mülkünde zarar ödemesi de

[15/167]

**Gündüz
giymek üzere
kiralanan
elbisenin gece
giyilmesi**

gerekli olmaz. Elbise yırtılmadığında kiracı ona sahip olmuş olmaz. Yararlanma imkanı bulunduğundan ücreti ödemesi gerekli olur.

Bir kadın üç gün giymek üzere bir gömlek kiralasa bunu gündüz, gecenin başlangıç ve sonunda insanların giydiği biçimde giyer. Çünkü akitte kayıtsız olarak giyme belirtildiğinde bundan, korunma maksadıyla giyilen elbisenin gündüz, gecenin başlangıcından uyuma anına kadar ve gecenin sonunda giyilmesi anlaşılır. Özellikle gecelerin uzun sürdüğü zamanlarda kadınlar erken kalkabilirler. Kadın elbiseyi bütün gece giyse ödemeye yükümlü olur. Çünkü akde aykırı davranmıştır. Âdeten korunma amacıyla giyilen elbise ile uyumaz. Böyle uyumak elbiseyi bozduğundan, elbise geceleyin yırtılırsa kadın bunu öder. Elbise, gece dışında giyim sırasında yırtılırsa ödeme gerekmez. Çünkü gündüzün gelmesi ile akde aykırı davranma durumu ortadan kalkmıştır. Kadın elbiseyi elinde tutmasından dolayı değil, akde aykırı davranması nedeniyle ödeme yükümlüsü olmuştur. Kadın elbiseyi akit süresi sona erinceye kadar elinde tutabilir. Tıpkı vedâ (emanet) alan kişinin akde aykırı davranıp sonra uygun davranmaya dönmesi durumunda olduğu gibi, emanet alan konumunda olan bir kimse, akde aykırı davrandığı için ödeme yükümlüsü durumuna gelince, akde aykırı davranmayı terketmekle yeniden emanet alan konumuna döner.

Kadın geceleyin giyerken elbise yırtılırsa kadın bunu öder. Elbisenin yırtıldığı gece vakti için kira bedeli ödemesi gerekmez. Bundan önceki ve sonraki zamanın kira bedelini ise öder. Çünkü o, akdin konusu olan şeyi (yarar) elde etmiştir. Kadın elbiseyi geceleyin de giydiği halde elbise yırtılmasa, giydiği bütün zamanların kirasını ödemesi gerekir. Akdin konusunun tümünden yararlanmıştır. Çünkü ödeme yükümlülüğü, hem başlangıç hem de sürekliliği bakımından akde aykırı değildir. Akit devam ettiğinden kadının akit konusu yararı elde etmesi de gerçekleşmekte, bu nedenle de ücreti ödemesi gerekli olmaktadır. Ancak elbisenin yırtılması sırasında ödemeye yükümlü olduğu anın ücretini ödemez. Çünkü kadın bu sırada gaspeden konumunda olup, kendisi adına çalışmaktadır. Bu nedenle de ödeme yükümlülüğü onun üzerinde bulunmaktadır.

Kadının kiraladığı gömlek, korunma için giyilen türden değil de uyurken giyilen gecelik türünden ise kadın bu elbiseyle uyuduğunda zararı ödemekle yükümlü olmaz. Kira ücretini vermesi gerekir. Çünkü kadın, kayıtsız olarak yapılan akitle âdete uygun kullanım hakkını elde etmiştir. Böyle bir elbise ile uyumak da âdete uygundur. Dolayısıyla kadın o elbiseyi uyurken giymekle akde aykırı davranmış olmamaktadır.

Kadın, gömleği dışarıda giymek üzere bir günlüğüne kiralasa daha sonra onu evinde giyse ücreti ödemesi gerekli olur. Çünkü o, akdin konusu olan şeyi (yararı) elde etmiştir. Kadının gömleği evinde giymesi ile, dışarıda giymesi eşittir. Hatta kadının elbiseyi evinde giymesi elbise açısından daha hafif / güvenli olabilir. Kadın

bu elbiseyi giymese ve dışarıya da gitmese yine kirayı öder. Çünkü akdin konusundan yararlanma imkânına sahiptir.

Kira konusu gömlek, kiralanan gün yitse başka bir gün bulunsa, elbise sahibi kadını bu konuda doğruladığında kadının ücret ödemesi gerekmez. Çünkü gömlek yitirildikten sonra kadının onu giyme imkânı ortadan kalkmıştır. Kadın elbiseyi bulduğunun ertesi günü giyse, sürenin geçmesiyle kira akdi sona erdiği için ödemekle yükümlü olur. Elbise sahibi elbisenin yitirilmesi konusunda kadını yalanlarsa bakılır; anlaşmazlık durumunda elbise kadının elinde bulunuyorsa gömlek sahibinin sözü kabul edilir. Çünkü kadının şu anda gömleği giyme imkânına sahip olması, önceden de bu imkâna sahip olduğunu gösterir. Ayrıca elbise sahibinin elbiseyi kadına teslim etmesi, kadına giyme imkânı vermektedir. Bu açık bir durumdur. Kadının elbisenin yitirildiği iddiası ise açık olmayan sonradan olan bir durumdur. Bu nedenle kadının buna dair delil getirmesi gereklidir. Gömlek sahibinin "Bildığım kadarıyla gömlek yitirilmedi." şeklinde yemin ettirilerek onun sözü kabul edilir. Çünkü o, elbisenin başkasının elinden yitirilmesi konusunda yemin etmektedir. Oysa elbise sahibinin bunu gerçekten bilme imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle "Gömleğin yitirildiğini bilmiyorum." diye yemin eder.

Kiralanan eşyanın yitirilip sonra tekrar bulunması

Kadının kiraladığı gömlek kendisinden çalınırsa veya giyme sonucu yırtılırsa ödeme gerekmez. Aynı şekilde elbiseyi fare yemesi, ateş yakması ve güvelerin yemesi gibi durumlarda da kadının ödemesi gerekmez.

Özetle söylemek gerekirse eşyayı kiralayan kişi emanet alan konumundadır. Çünkü onun mal üzerindeki zilyetliği, mal sahibinin zilyetliği gibidir. Kiracının mal üzerindeki zilyetliği itibarıyla mal sahibinin kira hakkı gerçekleşmektedir. Bu nedenle kiracı, maldan dolayı herhangi bir malî ödeme yapma durumunda kalsa, bunu mal sahibinden geri alır. İşte bu açıdan kiracı, tıpkı kendisine emanet bırakılan kişi gibi emanetçi konumundadır. Ortak işçinin ödeme yükümlülüğü bulunduğunu kabul edenlere göre ortak işçi bundan farklıdır. Çünkü o, malı koruma konusunda kendi adına çalışmaktadır. Ortak işçi malı korumakla ücrete hak kazanmaktadır. Bu nedenle malı, ödemeye tabi bir durumda elinde bulundurmaktadır.

[15/168]

Gömleği kiralayan kadın, hizmetçisine veya kızına bunu giymesini emretse, o da giyse ve elbise yırtılsa, yabancı bir kadına elbiseyi giydirme durumunda olduğu gibi burada da öder. Ayrıca ücret ödemez. Elbise sahibi, kadının bu konudaki açıklamasını onaylarsa, elbise sağlam olsa bilebilir. Elbise sahibi kadını yalanlarsa bilgisi üzerine yemin ettirilerek elbise sahibinin sözü kabul edilir.

Kiralanan elbiseyi, kiralayandan başkasının giymesi

Kadın bu elbiseyi kendisinin kiraladığından daha fazla veya daha düşük bir bedelle bir başkasına kiraladığında, akde aykırı davrandığı için zararı ödemekle yükümlü olur. Ödeme yükümlülüğünü üstlendiği için alt kiracıdan ücret almayı hak

Kiracının, elbiseyi bir başkasına kiralaması

eder. Ancak daha önce açıkladığımız gibi Ebû Yusuf (rh.a) dışındaki âlimlerimize göre kadının bu ücreti sadaka olarak vermesi gerekir.

**Kiracının
izni
olmaksızın
elbiseyi
başkasının
giymesi**

Kadının emri olmaksızın onun hizmetçisi veya kızı elbiseyi giyse kadın ödemekle yükümlü olmaz. Bu, bir başkasının kadının elinden elbiseyi gaspetmesi gibidir. Kadın kira ücretini öder, değerini ödemekle yükümlü değildir. Çünkü o, akde aykırı davranmamıştır. Elbise hizmetçinin giymesi sonucu yırtılırsa, onun ödenmesi hizmetçinin borcu olur. Çünkü o, elbiseyi gaspetmiştir. Gasp nedeniyle olan ödeme, kölenin boynunda bir borç olarak gerekli olur.

Bir kimse bir ay boyunca evine kurmak üzere bir çadır kiralasa bu câizdir. Çünkü çadır (kubbe)⁷⁴, içinde oturlan şeylerdendir. Eğer "Akdi konusu, akde dahil olmayan bir şeyle elde edilebilmektedir. Bu da çadırın konduğu yerdir. Bu durum kira akdini engeller. Bu, bir kimsenin elbise kesmek üzere makasın iki parçasından birini kiralamasına benzer." denirse, buna şu şekilde cevap veririz: Burada bakılacak olan şey, kiralanan malın yararlanılabilen bir mal olması ve kiracının bunu elde etme imkanının bulunmasıdır. Bu durum söz konusu olayda vardır. Bir insan, çadırı koyacağı bir yeri mutlaka bulur. Ayrıca çadır kiralamaktan amaç, gölgelenmek ve sıcak, soğuk, yağmur gibi durumlardan korunmaktır. Bütün bunlar arazi ile değil, akit konusu olan çadır ile gerçekleşmektedir.

**Kiralanan
eşyanın
koşul
konulan
yerin
dışında
kullanılması**

Kiracı, çadırı kuracağı evleri belirtmese bile akit yine câiz olur. Çünkü bu, evlere göre değişmez. Bir yararı bulunmayan belirlemeyi terketmek akdi geçersiz kılmaz. Kiracı akit sırasında bir ev belirttiği halde çadırı başka bir yere kursa bu câiz olur. Kirayı ödemesi gerekir. Çünkü bu evin belirlenmesinin bir yararı yoktur. Çadırın karşılaşılabileceği zarar, evden eve değişmez. Kiracı çadırı güneşli veya yağmurlu bir yere koysa bu çadıra zarar vereceğinden, çadırın bu nedenle uğrayacağı zararı ödemek kiracıya ait olur. Çünkü o, akde aykırı davranmıştır. Güneş, çadırı yakar, yağmur ise bozar. Çadır sahibi bu gibi durumlardan güvencede olmak için onun eve (veya gölgeli yere) konulmasına razı olmuştur. Kiracı ödeme yükümlüsü olunca ücret geçersiz duruma gelir. Çünkü ücret ve zararı ödeme bir arada bulunmaz. Ayrıca çadırı kiralayan kişi, onu ödemekle ödemenin kendisine gerekli olduğu tarihten itibaren ona sahip olmaktadır. Çadır herhangi bir hasarla karşılaşmazsa istihsan deliline göre kiracının ücret ödemesi gerekir. Çünkü o, çadırla gölgelenmek suretiyle akit konusu şeyi elde etmiştir. O, çadıra akitte belirlenenenden daha fazla zarar veren bir iş yaptığı için ödeme yükümlüsü durumuna gelmişti. Çadır herhangi bir hasara uğramadığında, zarardaki fazlalık göz önüne alınmaz. Akde konu olan şeyi (yararı) elde etmiş olması nedeniyle ücreti ödemesi gerekli olur.

⁷⁴ "Çadır" diye tercüme edilen " قُبَّة / kubbe" kelimesi, Türkçe'de kullanılan kubbe kelimesi ile aynı anlama geldiği gibi, üzeri kubbe gibi olan küçük çadır anlamına da gelmektedir.

Kiracı akit sırasında çadırı konağına kuracağını belirtmişken daha sonra aynı şehirde bir başka yerdeki konağa kursa, ücret gerekli olur. Ödemesi de gerekmez. Çünkü bu belirlemenin bir yararı yoktur. Kiracı çadırı bu şehirden çıkaramaz. Bu, çadır sahibine çadırı geri getirme masrafı yükler. Oysa çadır sahibi akit sırasında böyle bir masrafı yüklenmemiştir.

Kiracı çadırı şehir dışına, taşraya (sevâd) götürürse; çadır ister hasarsız olarak geri getirilsin ister kırılınsın kiracının ücret ödemesi gerekmez. Çünkü o, çadırı şehirden çıkarmakla gaspeden konumuna geçmiştir. Görmez misin ücret gerekli olsaydı, çadırı geri götürme masrafı çadır sahibine ait olurdu. Oysa o, bunu yüklenmemiştir. Geri götürme masrafı ona ait olsun diye biz kiracıyı gaspeden ve zararlı ödemekle yükümlü saydık. Bu nedenle onun ücret ödemesi gerekmez.

[15/169]

Bir kimse un öğütmek için bir değirmen kiralasa, bu değirmeni kendi evine götürse, işi bittiğinde geri getirme masrafı değirmen sahibine aittir. Bu, kira akdi değil de ödünç olsaydı geri getirme yükü ödünç alana ait olurdu. Çünkü geri getirme, taşıma fiilini ortadan kaldırmaktır. Taşımadan kim yararlandıysa geri getirme yükü de ona aittir. Ödünç akdinde değirmeni götürmekten ödünç alan yararlanmaktadır. Bu nedenle geri getirme masrafı da ona aittir. Kira akdinde ise değirmen sahibine aittir. Çünkü taşıma sayesinde kiracı akit konusunu alma imkânı bulmakta, bununla da değirmen sahibi ücrete hak kazanmaktadır. Bu nedenle değirmeni geri getirme masrafı da ona aittir.

Eşyayı
ödünç alma

Bir kimse belirli bir süre için gelin odası süslemek üzere direkler veya örtüler kiralasa bu câiz olur. Çünkü bunlar kendilerinden yararlanılan şeylerdir.

Özetle söylemek gerekirse kendilerinden yararlanılabilen ve kiralınması âdet olan her türlü taşınır mal ve eşyanın kiralınması geçerlidir. Buna göre yaygıların, yastıkların, sandıkların, yatakların, tencerelerin, çanakların kiralınması geçerlidir.

Kiralınması
geçerli olan
eşya

Bir kimse belirli olmayan tencereleri kiralasa bu câiz olmaz. Çünkü akit konusu bilinmemektedir. Tencereler büyüklük ve küçüklük bakımından farklı olurlar. Bunlardan yararlanmak onların büyüklük ve küçüklüğüne göredir. Mal sahibi, kiralamak isteyen kişiye bir tencere getirse, o da ilk akitteki kira üzerinden bunu kabul etse akit geçerli olur. Ücreti ödemesi de gerekir. Çünkü, "Sonda yapılan belirleme başta yapılan belirleme gibidir." Ayrıca kira akdi de tıpkı satım akdi gibi teâtî⁷⁵ yolu ile kurulabilir.

Aynı şekilde bir kimse, belirli bir süre kapısına asmak üzere örtüler kiralasa bu câiz olur.

Bir kimse bu malların kiralınmasında kira bedelinden herhangi bir şeye kefil olsa, kefillik geçersiz olur. Çünkü mal, kiracının elinde emanettir. Emanetlere kefil

Kiralanan
mala
kefillik

⁷⁵ Teâtî; fiili mübadele yani bir taraftan malın diğer taraftan da bedelin teslimi suretiyle münakit olan satış akdi. Kişinin fırıncının önüne ekmeği koyması, onun da ekmeği vermesi gibi.

olmak geçerli değildir. Kira akdi ise geçerlidir. Çünkü akit sırasında kefillik koşul konulmamıştır. Kiracı ücrete karşılık mal sahibine kefil gösterse bu câiz olur. Çünkü ücret, kiracının zimmetinde ödemeye tabidir.

Buna göre bir kimse tartmak üzere tartı ve ağırlık ölçüleri, kantar ve ölçüler kiralasa bütün bunlarda örf bulunduğu için kiralama geçerlidir.

Bir kimse binmek üzere bir aylığına eğer kiralasa, daha sonra da bunu binmek üzere başkasına verse, zararı ödeme yükümlüsü olur. Çünkü binme, insanlara göre farklılık gösteren bir fiildir. Eğer üzerinde hayvana güzelce binen birisi eğere bir zarar vermez, güzel binemeyen bir kişi ise zarar verir. Sahibinin binecek kişiyi belirlemesi geçerli olduğu zaman kiracı ona aykırı davranmakla ödeme yükümlüsü olur, ücret ödemesi gerekmez.

Bir kimse, buğdayını taşımak üzere bir aylığına bir semer kiralasa bu câiz olur. Bu konuda onun buğdayı ile başkasının buğdayı eşittir. Çuvallar da böyledir. Çünkü burada belirlemenin bir yararı yoktur. Yine Mekke'ye kadar devenin üzerine konulan küçük odacık (hevdeç) kiralınması da böyledir. Bir kişinin bunu binmek üzere kiralaması da böyledir. Kiracı buna başkasını bindiremez. Bindirirse hasar durumunda ödemekle yükümlü olur. Çünkü insanların binme konusunda verdikleri zararlar birbirinden farklıdır.

Yine bir kimse Mekke'ye götürmek üzere bir çadır kiralarsa bu da geçerlidir. Çadırdaki veya otağdaki kandil yakarsa veya kandili bunlara asarsa kendisine ödeme gerekmez. Çünkü bu âdete uygun bir davranıştır. Biz, kayıtsız olarak yapılan kira akdi ile kiracının âdete uygun kullanım hakkını elde ettiğine sahip olduğunu daha önce açıklamıştık. Kiracı bu çadır veya kubbede mutfak yaparsa zararı ödemekle yükümlü olur. Çünkü bu, âdete uygun değildir. Ancak söz konusu çadır ve otağ bu iş için hazırlanmışsa bu durum farklıdır.

[15/170]

Hasan b. Ziyâd (r.h.a.)'dan nakledildiğine göre o şöyle demiştir: Bir kimsenin ücret olarak altın karşılığında altından yapılmış süs eşyası kiralamasında veya gümüş karşılığında gümüşten yapılmış süs eşyası kiralamasında bir sakınca yoktur." Biz de bu görüşteyiz. Çünkü burada bedel, eşya karşılığında değil, süs eşyasından elde edilecek yarar karşılığındadır. Altın ve gümüş ile yarar arasında faiz söz konusu olmaz. Ayrıca süs eşyası kendisinden yararlanılan bir eşyadır. Bunu kiralamak da âdete uygundur. Dolayısıyla bu akit câizdir. Süs eşyalarının sahibi bunu kiralayan kadının kendisinin takmasını koşul koyar da o başkasına verirse tıpkı elbise konusunda olduğu gibi zararı ödemekle yükümlü olur. Ücret ödemesi de gerekmez. Çünkü süs eşyasına verilecek zarar onu takan kişiden kişiye değişiklik gösterir. Süs eşyasının sahibi "Süs eşyasını sen taktın ve telef oldu." derse kadını, zararı ödemedi kurtarmış olur. Şöyle ki; ödemenin alacaklısı süs eşyasının sahibidir. Bu nedenle bu alacağı düşürmede onun sözü kabul edilir. Bu durumda bu kişinin kadından ücret alma hakkı vardır. Çünkü görünüş süs

eşyalarının sahibini desteklemektedir. Kadın da bu takıların kendisinin yanında olduğunu ikrar etmiştir. Bu, kadının ücret ödemesini gerektirir. Kadın bir günlüğüne bunları kiralasa, daha sonra fikrini değiştirip on gün boyunca vermese, kira akdi on gün olarak yapılmış sayılır. Bu koşulla kira akdi de, akdin konusundaki belirsizlik veya akdin bu günden sonra şüpheli bir duruma, yani kadının fikrini değiştirmesine bağlanması nedeniyle kıyasa göre geçersizdir. Kira akdinin şüpheli bir duruma bağlanması câiz değildir. Kıyas bunu gerektirmekle birlikte Muhammed (r.h.a.) şöyle demiştir: “Ben istihsâna göre hükmederek bu akdi onaylarım, kadının da her gün hesabına göre kira bedeli ödemesine hükmederim.” Çünkü bu koşul, örfte bulunan ve ihtiyaç duyulan bir koşuldur. Çünkü bir kadın bir düğün yemeğine (velîmeye) veya düğüne gittiğinde burada ne kadar kalacağını bilemez. Dolayısıyla zararı ve kendisinden ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmak için bunu akitte koşul koyma ihtiyacı duyar. Daha önce de açıkladığımız gibi ücretin ona gerekli olması kullanım sırasındadır. Belirsizlik ise bundan öncedir. Kullanımla birlikte bu olasılık ve belirsizlik ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle kadının, süs eşyasını elinde tuttuğu her günün ücretini ödemesi gerekir.

Allah daha iyi bilir.

HAYVANLARIN KİRALANMASI

“Bir kimse belirli bir yere kadar, belirli bir ücret karşılığında binmek için bir binek hayvanı kiralasa bu câiz olur. Kiracı bu hayvan üzerinde başkasını taşıyamaz.”

Binek
hayvanı
kiralamanın
hükümü

Çünkü binecek insanın belirlenmesinin bir yararı bulunmaktadır. İnsanlar hayvana binme konusunda birbirinden farklıdır. Bu farklılık onların ağırlık ve hafifliğinden değil, hayvana binmeyi bilip bilmeme bakımındandır. Ağır da olsa hayvana güzel binen bir kişinin binmesi hayvanı rahatsız etmez. Hayvana binmeyi bilmeyen bir kimse, hafif de olsa hayvanın sırtını yara yapar.

Hayvan kiralayan kişi hayvana başkasını bindirirse zararı öder. Ücret ödemesi gerekmez. Çünkü daha önce elbise kiralınması konusunda açıkladığımız gibi, o gaspeden konumunda olup, akit konusu yararı elde etmemiştir.

Kiralayan kişi hem kendisi biner, hem de başka birisini bindirirse ve hayvana bir şey olmazsa kiranın tümünü ödemesi gerekir. Çünkü kiracı, akit konusunu bütünüyle aldığı gibi bundan fazlasına da sahip olmuştur. Hayvana bir şey olmadığında bu fazlalığa itibar edilmez. Kiralayan kişinin akit konusunu alması nedeniyle ücretin tümünü ödemesi gerekir. Bu andan itibaren, akitte belirlenen yere vardktan sonra hayvan ölse akit konusunu bütünüyle elde ettiği için ücretin tümünü ödemesi gerekir. Bu kişinin terkesine başka birini bindirmesi veya bindirmemesi kendisinin hayvana biniş şeklini değiştirmez. Ücretin gerekli olması

Kiralanan
hayvana
başkasıyla
beraber
binmek

[15/171]

da kendisinin hayvana binmesi itibarıyladır. Bu kişi ücret yanında hayvanın değerinin yarısını öder. Çünkü terkisine başkasını bindirmek ve hayvanın yarısını başka birisinin ağırlığıyla uğraştırmak suretiyle akde aykırı davranmıştır. Bu nedenle zararı öder. Bu hüküm, hayvan iki kişiyi taşıyabilecek güçte ise böyledir. Hayvanın iki kişiyi taşıyamayacağı biliniyorsa kiracı hayvanın değerinin tümünü öder. Çünkü o, hayvanı telef etmiştir. Hayvanın iki kişiyi taşımaya gücü yetiyorsa hayvanın telef olması, bir yandan hayvana binmeye izinli olan kiracının binmesi, diğer yandan izinsiz olarak bu hayvana ikinci bir kişinin binmesi yüzünden olmuştur. Bu nedenle ödeme ikiye bölünür. Bu konuda diğer kişinin kiracıdan daha ağır veya hafif olması fark etmez. Çünkü insan kantarda tartılmaz. Görmez misin eğer biz insanın tartılacağını kabul edersek şu problemle karşılaşırız: Bu insan yemekten önce mi yemek yedikten sonra mı tartılır? Tuvalet gitmeden önce mi yoksa daha sonra mı tartılır? Bu hükümdeki gerekçe belirttiğimiz gibi şudur; Hayvanın karşılaşıcağı zarar, binen kişinin ağırlık veya hafifliğinden kaynaklanmaz. Bu nedenle ödeme borcu ikiye bölünür.

**Gidilecek
mesafenin
kirada
belirlenmesi**

Eğer "Kiracı hayvanın yarısını ödemekle yükümlü duruma gelince, ödeme anından itibaren onun yarısına sahip olmuş olur. Bu nedenle ücretin yarısını ödememesi gerekirdi." denilirse bu itiraza şu şekilde cevap veririz: "Kiracı bu ödemeye kendisinin binmiş olduğu kısımdan herhangi bir şeye sahip olmamaktadır. Akitte belirtilen ücretin tümü bunun karşılığıdır. Kiracı yalnızca diğer kişinin bindiği kısmı ödemekte ve bu ödemeye oraya sahip olmaktadır. Oysa bunun karşılığında bir ücret olmadığından, bunun düşmesi de söz konusu değildir."

Bir kimse mezara veya cenazeye kadar gitmek, yahut bir kişinin cenazesini uğurlamak, bir kişiyi karşılamak üzere hayvan kiralasa, bilinen bir yeri belirtmedikçe bu akitler geçersiz olur. Çünkü akdin konusu hayvana binmedir. Bu ise uzaklığa göre değişir. Kiracı belirli bir yer söylediğinde akdin konusu bununla bilinir duruma gelir. Böyle olmazsa uğurlama ve karşılama işini söylemekle akdin konusu bilinir duruma gelmez.

Bir kimse bir beldeden binerek Küfe'ye gitmek üzere hayvan kiralasa, istihsan deliline göre, o kişi hayvanı Küfe'deki evine kadar götürebilir. Kıyasa göre bunu yapamaz. Çünkü kiracı Küfe'ye girdiğinde, akitte belirlenen sınır gerçekleştiği için akit sona erer. Bundan sonra sahibinin izni olmaksızın ona binemez. Kıyas bunu gerektirmekle birlikte Muhammed (r.h.a.) örf nedeniyle istihsan deliline göre hüküm vermiştir. Açık olan şu ki, hayvanı kiralayan kişi evine varıncaya kadar kiralar. Şehre girdikten sonra evine kadar gitmek için bir başka hayvan kiralamaz. Örf ile bilinen bir şey, açıkça koşul konulmuş gibidir. Görmez misin bazı şeylerde âdete uygun olan uzatma örf'e göre belirlenmiş sayılır. Söz konusu durumdaki fazlalık da kira akdinde yolla ilgili bir uzatmadır. Dolayısıyla örf nedeniyle kiracı bunu hak eder.

Aynı şekilde bir kimse eşya taşımak üzere hayvan kiralasa, Kûfe'nin bir yerinde eşyayı indirerek "Burası benim evimdir." dese sonra yanıldığını anlasa, eşyayı buradan evine taşımak istese bunu yapamaz. Çünkü örfle hak edilen şey, yükün indirilmesinden sonra sona ermiştir. Bundan sonra o "yanıldım" sözü ile bir iddiada bulunmaktadır. Onun bu sözü kabul edilmez. Ayrıca o, eşyayı indirip başka bir hayvana yükleme zorunda kalmasın diye evine kadar götürme hakkına sahip olmuştur. Yükü indirdikten sonra bu durum ortadan kalkmıştır.

Bir kimse Kûfe'den Hîre şehrine kadar gidip gelmek üzere bir eşek kiralasa, gideceği yerden döndükten sonra tıpkı Kûfe'den Hîre'ye kiralaması durumunda olduğu gibi, Kûfe'de ailesinin yanına kadar gidebilir.

Bu kişi Kûfe'de hayvanın bulunduğu yerden Kenânise'ye kadar gidip gelmek üzere hayvanı kiralasa dönüşünde de hayvanla evine kadar gitmek istese bunu yapamaz. Yalnızca hayvanı kiraladığı yere kadar binebilir. Çünkü önceki konuda istihsâna göre hüküm verilmesi örf nedeniyle. Şehir içinde bir yerden diğer bir yere gitme durumunda ise böyle bir örf yoktur. Dolayısıyla bu konuda kıyas delili esas alınır. Bu yerden evine kadar olan uzaklık akitteki kadar veya daha uzun olabilir. Kiracı akitte belirlenen veya bundan daha fazla uzaklık miktarınca yol gitme hakkını, uzatma şeklinde hak edemez. Bunu yapmak isteyen kişiye "Hayvanı buradan, akitte belirttiğin yere kadar kiraladığın gibi, buradan evine kadar da kirala." denir.

[15/172]

Belirli bir yere kadar hayvan kiralayan kişi, hayvana ne yükleyeceğini belirtmese, taraflar olayı mahkemeye götürürlerse akit konusunda bilinmezlik olduğu için kira akdi bozulur. Kiracı bu şekilde yapılan bir akitte belirlenen yere kadar hayvana bir şey yüklese veya binse istihsan deliline göre kirayı vermesi gerekli olur. Çünkü sonradan yapılan belirleme, başta yapılan belirleme gibidir. Biz bu meseleyi elbisenin kiralınması konusunda ele aldık. Bir kimse bir köle kiralayarak onu ne için kiraladığını belirtmese aynı durum söz konusudur.

Hayvanı kiralayan kişi, akitte ne taşıyacağını belirtmekle birlikte hayvan üzerinde başka bir şey taşısa, bu durumda dört olasılık söz konusudur. Biz bunları "Âriyet/ödünç" konusunda açıklamıştık. Bunların tümünde kira akdi âriyet akdine kıyas edilir. Yalnız âriyet konusunda, âriyet alanın ödemeye yükümlü olmadığını belirttiğimiz tüm noktalarda kiracının ücreti ödemesi gereklidir. Yine âriyet konusunda, âriyet alanın ödemekle yükümlü olduğunu belirttiğimiz bütün meselelerde kiracının ücreti ödemesi gerekli değildir. Çünkü bu durumda kiracı, malı gaspetmiş olup, akdin konusunu elde etmiş değildir. Taşınan şeyin değişmesi ile amaç da değişir.

Hayvan sahibi ve kiracı anlaşmazlığa düşseler; hayvan sahibi "Ben sana Kûfe'den Kasr'a kadar on dirheme kiraya verdim." kiracı da "Ben Kûfe'den Bağdat'a kadar on dirheme kiraladım." dese, kiracı henüz hayvana binmemişse

taraf lar karş ılıklı olarak yeminleşirler ve akdi bozarlar. Çünkü yararı elde etmeden önce akdi bozma bakım ından kira akdi tıpkı satım akdi gibidir. Bu nedenle satım akdinde karş ılıklı yeminleşme ile ilgili delil (nass), kira akdi konusunda da geçerlidir.

Her iki taraf da delil getirirse Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin ilk görüşüne göre Kûfe'den Bağdat'a kadar on beş dirheme gidilmesine hükmedilir. Bu, aynı zamanda Züfer (rh.a.)'in de görüşüdür. Ebû Hanîfe (rh.a.) daha sonra bu görüşünü terkederek Bağdat'a kadar on dirheme gidilmesine hükmetmiştir. Bu, aynı zamanda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

Ebû Hanîfe'nin ilk görüşünün açıklaması şudur; Hayvan sahibi akdin Kûfe'den Kasr'a kadar on dirheme olduğunu delille ispat etmiştir. Bu nedenle onun delili ile hükmetmek gerekir. Kiracı da akdin Kasr'dan Bağdat'a kadar beş dirheme olduğunu delille ispat etmiştir. Onun bu konudaki delilini de kabul etmek gereklidir. Her iki delili de işlettiğimizde akit, Kûfe'den Bağdat'a kadar on beş dirheme yapılmış olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin son görüşünün delili şudur; Her iki taraf da ücretin miktarında anlaşmaktadır. Taraflar yalnızca akit konusunun miktarında anlaşmazlığa düşmektedirler. Kiracı bu konuda fazlalığı ispat etmektedir. Bu nedenle onun delilini kabul etmek daha önceliklidir. Nitekim kiracı ilk akitten sonra akdi Mekke'ye kadar uzattığını delille ispat etse durum belirttiğimiz gibidir.

“Bir kimse binmek üzere eğeri ile birlikte bir hayvanı kiralasa, daha sonra hayvanın üzerine semer koysa ve bu şekilde binse, semerin neden olduğu fazlalık miktarında ödemeyle yükümlüdür.”

“el-Câmiü's-sağîr” adlı eserde Muhammed (rh.a.) şöyle demiştir: “Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kiracı hayvanın tüm değerini öder, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre semerin neden olduğu fazlalık miktarında ödemeyle yükümlü olur.”

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerinin açıklaması şudur; Eşeğe bazen eğer, bazen de semerle binilir. Bu ikisinin ağırlık ve hafiflik bakım ından farklı olmaları âdeten bunların içine konan şeye göredir. Bu gibi durumlarda ödeme, fazlalık miktarına göre olur. Bu, kiracının hayvanı on çuval buğday taşımak üzere kiralayıp, on bir çuval taşımasına benzer.

[15/173]

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demektedir: Burada taraflar arasındaki anlaşmazlık cinstetir. Şöyle ki; semer eşiğin sırtında eğerin kaplamadığı kadar yer kaplar. Bu, kişinin buğday taşımak üzere hayvanı kiralayıp tuğla ve odun taşımasına benzer.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Buradaki farklılık, ağırlık ve hafiflikten kaynaklanmamaktadır. Ancak semere alışık olmayan eşeğe, semerle binmek zarar verir. Bu, onun yaralanmasına neden olabilir. Bu nedenle kiracı semer koyarak, tıpkı akitte kararlaştırılan buğday ağırlığında demir taşıması durumunda olduğu gibi akde tamamen aykırı davranmış olur.

Aynı şekilde kiracı hayvanın üzerindeki eğeri alarak onun yerine eğeğe vurulmayacak büyüklükte bir kadana eğeri vurursa, bu semer vurması gibi olur. Hayvanın sırtındaki gibi veya ondan daha hafif bir eđer vurursa zararı ödemeye yükümlü olmaz. Çünkü belirlemenin bir yararı bulunmadığında buna itibar edilmez. Yine kiralayan kiři hayvanı teslim aldığında hayvanın üzerinde bir semer bulursa, kiracı bunun yerine ona benzer bir semer veya eđer koysa zararı ödemeye yükümlü olmaz. Çünkü eđer, ešek için semerden daha hafiftir. Bundan dolayı kiracı akde aykırı davranmış olmaz.

“Kiracı, eğeği eğersiz olarak kiralasa daha sonra ona eğer vurarak binse zararı ödemeye yükümlü olur”.

Çünkü bu durumda kiracı eğeğin sahibinin izni olmaksızın eğer vurmuş, akde aykırı davranmıştır. Bizim Hanefi âlimlerimiz bu konuda şu şekillerin olduğunu söylemişlerdir:

Eğeği kiralayan kişi onu bir şehirden başka bir şehre gitmek için kiralamışsa, eğeğe eğer vurduğunda ödemeye yükümlü olmaz. Çünkü âdeten bir şehirden bir başka şehre kadar eğer ya da semer olmadan eğeğe binilemez. Örfle sabit olan şey, koşul ile sabit olmuş gibidir.

Kiracı, şehir içinde binmek üzere kiralamışsa, dış görünüşüne önem gösteren zengin kişilerden ise hüküm yine böyledir. Çünkü bu gibi kişiler şehir içinde eğersiz hayvana binmezler.

Kiracı, şehir içinde hayvana eğersiz binen kişilerden ise, akitte koşul konulmadan eğeğe eğer vurduğunda zararı ödemeye yükümlü olur.

Bir kimse belirli bir yere kadar gitmek üzere hayvan kiralasa fakat bu bölgeyi geçse, sonra geri dönse ve hayvan ölse, Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin ilk görüşüne göre kendisine zarar ödeme gerekmez. Ebû Hanîfe (rh.a.) daha sonra bu görüşünden dönerek şöyle demiştir: Bu kişi hayvanı sahibine geri vermedikçe ödemeye yükümlü olur. Bu, aynı zamanda Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)’in görüşüdür.

Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin ilk görüşünün delili şudur; Kiracı bu konuda emanetçidir. Kendisine emanet bırakılan kişinin durumunda olduğu gibi, akde aykırı davranmakla ödemeye yükümlü duruma gelmekte, akde uygun davranmaya döndüğünde emanetçi niteliği geriye gelmektedir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)’nin son görüşünün açıklaması şudur; Kiracı akde aykırı davranarak ödemeye yükümlü duruma geldikten sonra, hayvanı sahibine veya zilyetliği hayvan sahibinin zilyetliği yerine geçen bir kimseye geri vermedikçe yükümlülükten kurtulamaz. Kiracının hayvan üzerindeki zilyetliği, kendisinin zilyetliğidir. Çünkü o tıpkı âriyet⁷⁶ alan kişi gibi hayvanı kendi yararı için elinde

⁷⁶ **Âriyet;** Vazgeçme hakkı saklı kalmak üzere, bir eşyadan elde edilecek yararın karşılıksız olarak ve geciktirmeksizin bir kimsenin mülkiyetine verilmesidir. Ödünç veren kimseye “muîr”, ödünç alana

bulundurmaktadır. Dolayısıyla onun zilyetliği, hayvan sahibinin zilyetliği yerine geçmez. Bu nedenle de akitte belirlenen bölgeye geri dönse bile ödeme yükümlülüğünden kurtulmaz. Çünkü emanet bırakılan kişinin aksine, kiracı bu bölgede hayvandan yararlanmaktadır. Üstelik emanet alan kişinin zilyetliği, mal sahibinin zilyetliği yerine geçmektedir.

İsâ b. Ebân (rh.a.) bu hükmü yanlış bularak şöyle demiştir: “Kiracının mal üzerindeki zilyetliği, mal sahibinin zilyetliği gibidir. Nitekim kiracı da âriyet alanın aksine tıpkı emanetçi gibi malı ödemek için yaptığı ödemeyi mal sahibinden alır. Yine âriyetin aksine kira akdinde malı geri verme masrafları mal sahibine aittir.”

Biz şöyle diyoruz: Kiracının ödediğini mal sahibinden geri alması, bedelli bir akit nedeniyle meydana gelen aldatmadan dolayıdır. Bu, kiracının zilyetliğinin kendisinin zilyetliği olmadığını göstermez. Bu şuna benzer; alıcı, aldanma nedeniyle ödediği meblağı satıcıdan geri alır. Aynı şekilde malı geri götürme masrafının mal sahibine ait olmasının nedeni, malın taşınmasının yararının kendisine ait oluşudur.

[15/174]

Bu görüş şu konuda problemlidir: Daha önce geçtiği gibi bir kadın gündüzleri giymek üzere elbise kiralasa ve onu geceleyin giyse ödemeye yükümlü olur. Kadının elbise üzerindeki zilyetliği kendi zilyetliği olduğu halde, gece sona erip, gündüz başladığında ödemekten kurtulur.

Bu problem hakkında şunları söyleriz: Elbise konusunda ödeme yükümlülüğünün kadına ait oluşu kadının elbiseyi elinde tutması değil, giymesi nedeniyledir. Çünkü kadın elbiseyi gece ve gündüz elinde bulundurma hakkına sahiptir. Akdın kapsadığı giyme, gündüzün gelmesiyle ortadan kalkmaktadır. Hayvan kiralınması meselesinde ise kiracı akitte koşul konulan bölgenin dışında hayvanı elinde tutmakla ödeme yükümlüsü olur.

Görmez misin kiracı bu bölgeyi hayvana binmeden geçse, yine de zararı ödemeye yükümlü olur. Aynı şekilde kiracı hayvana binmeden günlerce şehirde tutsa ödemeye yükümlü olur. Kiracı, hayvanı kendi yararı için elinde tuttuğu sürece, akitte belirlenen bölgeye geri dönmesi onun hayvanı elinde tutmasını ortadan kaldırmaz. Kiracının hayvanı gidiş geliş için kiralaması ile yalnızca gidiş için kiralaması arasındaki fark âriyet konusunda ele alınmıştı. Kira konusunda da aynı durum söz konusudur.

Kiracı belirlenen bölgeyi geçmemekle birlikte hayvana binerken ona vursa veya gemini çekse ve hayvan ölse, hayvan sahibi bu işler için izin vermemişse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kiracı ödemeye yükümlü olur. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle demişlerdir: İstihsan deliline göre kiracı, kiraladığı eşeğe aşırı

“müsteâr”, verilen mala “müsteâr” ve ödünç alma işine ise “istiâre” veya “ödünç verme” anlamında “iâre” denir.

gitmeden insanların normalde vurduğu kadar vurmuşsa zararı ödeme gerekmez. Çünkü kiracı, kayıtsız olarak yapılan kira akdi ile âdete uygun olan şeyleri yapma konusunda izinli olur. Hayvana binme sırasında hayvana vurmamak, gemini çekmek âdete uygun bir davranıştır. Çünkü bazen hayvan ancak bu şekilde sürülebilir. Dolayısıyla bu konuda izin örfle sabit olmuş sayılır. Hayvan sahibi kiracının bunu yapmasına açıkça izin verse kiracı bunu yaptığında ödemeye yükümlü olmaz. Bu konuda izin örfen sabit olduğunda da böyledir.

Kıyasa uygun olan, Ebû Hanîfe (r.h.a.)'nin görüşüdür. Çünkü kiracı, hayvan sahibinin izni olmaksızın hayvana vurmuştur. Bu, ödemeyi gerektiren yetki dışı bir davranıştır. Kiracı akitle hayvanı yürütme hakkını elde etmiş, bunu en üst seviyede yapma hakkına sahip olmamıştır. Kiracı hayvanı yürütmek için ona vurmamak ve gemini çekmek zorunda değildir. Bu, ancak hayvanı en hızlı ve güzel bir biçimde götürmek için yapılır. İzin, akdin gereği olarak sabit olur. Bu nedenle kiracı yalnızca akitle hak ettiği şeye ihtiyaç duyar.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Kiracının hayvana vurması serbest olsa bile bu kendisinin yararı içindir. Hayvan sahibinin ücretteki hakkı bu olmadan da gerçekleşir. Bu çeşit vurma hayvana bir hasar verilmemesi koşuluna bağlıdır. Nitekim kocanın karısını terbiye etmesi, kişinin ava atış yapması ve yolda yürümesi dinen mübah olmakla birlikte bütün bunlar başkasına zarar vermeme koşulu ile kayıtlıdır. Ancak sahibi açıkça vurmaya izin verirse, izinden sonra kiracının fiili hayvan sahibinin fiili gibi olur.

Kiracı akitte belirttiği bir malı belirli bir yere kadar taşımak üzere hayvan kiralasa, sonra da bu hayvanı aynı miktardaki yükü taşımak üzere daha fazla ücretle bir başkasına kiraya verse, fazlalığı alması helal olmaz. Ancak hayvana ip, çuval, gem vb. şeyler eklemişse bu durumda fazladan alınan kira, kendisinin eklediği bu şeylere karşılık olarak hesap edilir. Kiracı hayvana yem verse fazlalığı alması helal olmaz. Çünkü yem, kiracının yararlandığı bir mal olmadığından, fazlalığı yem karşılığında kabul etmemiz mümkün değildir.

Bir kimse gemsiz olarak bir hayvan kiralasa da buna gem vursa veya gemi bulunan bir hayvan kiralayarak bunun gemini benzeri ile değiştirse ödemeye yükümlü olmaz. Çünkü gem, hayvana zarar vermez. Aksine bu şekilde yürümesi daha hafif olduğu için bu hayvan için daha yararlıdır. Bu nedenle kiracı bununla akde aykırı davranmış sayılmaz. Ancak böyle bir hayvana vurulamayacak bir gem vurmuşsa, o zaman akde aykırı davranmış olur. Ödemeye yükümlüdür.

Bir kimse yük taşımak üzere bir hayvan kiralasa, hayvan sahibi hayvanı sürse, hayvan tökezlese ve yük düşerek zarar görse, eşya sahibi ister hayvan sahibinin yanında olsun ister olmasın, hayvanın sahibi eşyayı öder. Çünkü hayvan sahibi ücretle yük taşıyan ortak işçidir. Malın telef olması da onun kusuruyla olmuştur. Aynı şekilde yükün bağlandığı ip kopar da yük düşerse, bu da hayvan sahibinin

**Alt kira
ücretinin
birinci
kiradan
fazla olması**

[15/175]

kusuru nedeniyle gerçekleşmiş sayılır. Çünkü o, bu yükü taşıyamayacak bir iple bağladığında yükü düşürmüş olur.

Eşya yağmur veya güneş nedeniyle bozulursa veya hayvanın sırtından çalınır, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre hayvan sahibinin ödeme borcu yoktur. Ortak işçinin ödeme borcu olduğunu kabul edenlere göre, burada hayvan sahibi zararı ödemeye yükümlüdür. Çünkü telef onun fiili ile olmamakla birlikte, bundan kaçınmak mümkündür.

Bişr, Ebû Yusuf (rh.a.)'tan şunu rivayet etmiştir: Yükün sahibi taşıyıcının yanında iken yük çalınır, hayvan sahibi bunu ödemez. Çünkü yük, sahibinin elindedir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ortak işçi, mal üzerindeki zilyetliği itibarıyla zararı ödeme yükümlüsüdür. Mal, sahibinin elinde bulunup telef olma işçinin fiili ile olmadıkça ortak işçi bunu ödemez.

Hayvanını yük taşımak üzere kiraya veren kişi, hayvan üzerinde küçük bir köle taşısa, hayvan sahibi hayvanı sürerken hayvan tökezlese ve köle ölse, hayvan sahibi onu ödemez. Çünkü bu cinayettir. Köle mala benzemez. Bu söz şu anlama gelir; Bir insanın telef edilmesiyle gerekli olan ödeme cinayet nedeniyle olan ödemedir. Cinayet nedeniyle olan ödeme ise akit nedeniyle olan ödeme türünden değildir. Görmez misin bu ödemenin âkile tarafından vâdeli olarak ödenmesi gerekir. Ortak işçinin kendi kusuru nedeniyle meydana gelen ödeme ise akde itibarla gerekli olur. Dolayısıyla akit ödemesi türünden olmayan bir şey hayvan sahibine gerekli olmaz. Malın ödenmesi ise akit ödemesi türündendir. Bu nedenle bunun ödenmesi âkile üzerine değil, peşin olarak ortak işçi üzerine gerekli olur. Bu sözü şöyle açıklayabiliriz: İki yoldan birine göre kayıtsız olarak yapılan bedelli bir akit, akdin kusurdan uzak bulunmasını gerektirir. Diğer yola göre ortak işçinin yapacağı iş ödemeye tabidir. Çünkü bu işe karşılık olarak ödemeye tabi bir bedel bulunmaktadır. Bundan anlaşılmaktadır ki her iki yoldan da ödeme akit itibarıdır.

Aynı şekilde mal sahibi hayvana hem malını yükleyip, hem de kendi binse ve hayvan sahibi de hayvanı sürse, hayvan tökezlese ve üzerindeki kişi düşüp ölse, mal da zarar görse hayvan sahibinin hiç bir şey ödemesi gerekmez. Mal sahibinin can bedelini ödememesinin nedeni; bunun cinayetle gerekli olan bir ödeme oluşu, malın bedelini ödememesinin nedeni; malın, sahibinin elinde oluşudur. Bunun anlamı şudur; burada iş teslim edilmiş olup hayvan sahibinin ödeme sorumluluğundan çıkmasıdır.

“Bir kimse bir ay boyunca gece gündüz ne zaman ihtiyaç duyarsa binmek ve kendisine bu konuda engel olunmaması koşuluyla on dirheme bir hayvan kiralasa, (söz konusu akit Kûfe’de yapılıyorsa) Kûfe şehrinde herhangi bir bölgenin adını belirtmişse bu akit câiz olur. Herhangi bir bölge adı belirtmezse kira akdi geçersiz olur.”

Çünkü binme tüm kira süresi boyunca devam etmediğinde, süreyi belirlemekle akdin konusu belirgin duruma gelmez. Akdin konusu yerin açıklanmasıyla belirgin olur. Kiracı bunu belirtmediği sürece akit geçerli olmaz.

“Bir kimse şehirdeki işini görmek amacıyla bir günlüğüne hayvan kiralasa bu geçerli olur.”

Çünkü bu meselede hayvana belirlenen süre boyunca binilir. Ayrıca şehrin farklı bölgeleri tek bir yer hükmündedir. Bu nedenle selem akdinde ödemeyi şehir içinde yapma koşul konulduğunda, ödeme şehrin herhangi bir yerinde yapılırsa bu, câiz olur. Kiracı şehirde herhangi bir yörenin adını belirtmezse, şehrin farklı yerleri tek bir yer hükmünde olduğundan kiracı hayvana binerek şehrin dilediği yerine, cenaze vb. şeylere binerek gidebilir. Çünkü mezarlık da şehrin yakın çevresi (finâ) hükmündedir. Ancak şehrin çevresine giderken hayvana binemez. Çünkü bu kişi yalnızca şehir içinde binmek üzere hayvanı kiralamıştır.

“Kiracı, hayvanın yemini verme karşılığında Vâsıt şehrine kadar gidip gelmek üzere hayvanı kiralasa, Vâsıt’a kadar binerek gelse, geri dönüşte de hayvanın terkisine bir kişi bindirse bu nedenle hayvan ölse kiracının gidiş için emsal ücret ödemesi gerekir.”

Kira bedeli
yem olmak
üzere
hayvan
kiralamak

[15/176]

Çünkü yemini verme karşılığında hayvan kiralamak, ücretteki bilinmezlik nedeniyle geçersizdir. Kiracı geçersiz akit hükmü ile yararı elde etmiştir. Dolayısıyla gidiş için emsal ücret, dönüş için de emsal ücretin yarısını öder. Çünkü dönüşte yararın yarısını, yani hayvana bindiği kısmın yararını elde etmiştir. Bu nedenle emsal ücretin yarısı gerekli olur. Bundan önce, ‘geçerli kira akdi’ konusunda, kiracı hayvana biner de terkisine birini alırsa, kendisine akitte belirtilen ücretin tümünün gerekli olduğu belirtilmişti.

Âlimlerimizden bazıları (r.h.a.) şöyle demişlerdir: Çünkü geçerli kira akdinde ücret yalnızca binme imkanını elde etmekle gerekli olur. Geçersiz akitte ise ancak yararın elde edilmesiyle gerekli olur. Bu nedenle elde ettiği yarar oranında ücret vermesi gerekir.

Bu görüş bana (Serahsî’ye) göre hem geçerli olan, hem de geçersiz olan kira akdi konularında kuvvetli değildir. Çünkü yararı alma imkanına kavuşmakla emsal kira bedeli gerekir. Geçerli akitte, başkasının bindiği yerin yararını alma imkanına kavuşmuş olması dikkate alınmaz. Doğru olan görüş şudur; Gerçekte ikisi arasında bir fark yoktur. Emsal kira bedeli alınan yarar oranında gerekli olur. Terkisine başkasını bindirdiğinde emsal ücret katlanmaktadır. Biz kiracının emsal ücretin yarısını vermesini gerekli kıldığımızda, onun binmesine ait kısmın bütün emsal ücretini gerekli kılmış olmaktadır. Akdin geçerli olması durumunda da akitte belirlenen ücretin tümü, kiracının binmesi karşılığındadır. Bu, bizim meselemizde emsal ücretin yarısına benzemektedir. Kiracı hayvanın değerinin yarısını da ödemeye yükümlü olur.

Kiracı,
kiralananı
almışsa,
kullanmasa
bile kira
ödemesi

Hayvanı kiralayan kişi, kendisi binmekle birlikte hayvan üzerinde yük de taşırsa, bu yükün getirdiği fazlalık miktarınca ödemeye yükümlü olur. Çünkü kiracı, bu fazlalığı taşıma konusunda akde aykırı hareket etmektedir. Kiracı, hayvana verdiği yemi de kira bedelinden hesap eder. Çünkü o, hayvan sahibinin izni ile yem vermektedir. Bu nedenle verdiğini geri alma hakkına sahip olur. Bu alacak, hayvan sahibinin kiracıdaki alacağı ile takas edilir.

“Bir kimse, günlüğü bir dirhemden on günlüğüne bir hayvan kiralasa, onuncu gün sahibine verinceye kadar hayvanı elinde tutsa fakat binmese, hayvan sahibi kiracının hayvana binmediğini bilse bile kira bedelini alabilir.”

Çünkü hayvan sahibi, akitte kendi görevi olan; hayvanı kira akdi süresince kiracıya teslim etmek ve onun binmesine imkân tanıma işini yapmıştır. Dolayısıyla kirayı alması kendisine helal olur. Nitekim kadın kendisini kocasına teslim ettiğinde, kocasının kendisi ile cinsel ilişkide bulunmadığını bilse bile mehrin tümünü alması helal olur.

Kiracı hayvanı bir günlüğüne kiralarsa, bundan sonra hayvanı elinde tutması karşılığında ücret vermesi gerekmez. Hayvan sahibinin emri ile olmadıkça kiracı hayvana masraf ederse bunu kendiliğinden yapmış olur, kiraya sayamaz.

“Bir kimse, bir gelini kocasının evine kadar taşımak üzere bir hayvan kiralasa, sabah oluncaya kadar da hayvanı elinde tutsa ve binmeden geri verse kira bedeli vermesi gerekmez.”

Çünkü akdin konusu teslim edilmemiştir. Akdin konusu gelini taşımak için hayvanın yolda atacağı adımlardır. Halbuki hayvanı evde tutma durumunda bu gerçekleşmez. Hayvan üzerinde gelinden başkasını taşıyalar da kira bedeli gerekmez.

“Söz konusu durumda kiracı, hayvanı belirli bir gelini taşımak için kiralamışsa ödemeye yükümlü olur. Kira bedeli ödemesi gerekmez.”

Çünkü o gaspeden konumundadır, akde aykırı hareket etmiştir.

“Belirli olmayan bir gelin için kiralamışsa kendisine ödeme gerekmez. İstihsan deliline göre kirayı ödemesi de gerekli olur.”

Çünkü akitle hak edilen şey elde edilmiştir. Sonradan yapılan belirleme, baştan yapılan belirleme gibidir.

“Bir kimse uğurlayacağı bir kimseyle binmek üzere bir hayvan kiralasa daha sonra da sabahtan gün ortasına kadar hayvanı elinde tutsa, sonra kiracı cenazeye katılmamaya karar verse ve öğle vakti hayvanı sahibine geri verse bakılır; kiracı hayvanı, insanların elinde tutabileceği bir zaman süresince tutmuşsa ödemeye yükümlü olmaz. Daha uzun bir süre tutmuşsa ödemeye yükümlü olur.”

Çünkü kiracı, akitte koşul konulan yer dışında hayvanı elinde tutmuştur. Fakat insanların elinde tutabileceği bir zaman süresince hayvanı tutmak örfle ayrı tutulmuştur. Her iki durumda da kiracının kira ödemesi gerekmez. Çünkü o, akdin konusunu almamıştır. Akdin konusu hayvanın yolda atacağı adımlardır. Halbuki hayvan şehir içinde bekletildiğinde bu durum gerçekleşmemiştir. Ayrıca hayvan sahibi hayvanı yola kadar kendisiyle birlikte yürütme imkânına sahiptir. Kiracı hayvanı beklettikten sonra ona binerse yine ücret ödemesi gerekmez. Çünkü bu durumda akde aykırı davranmakla ödeme yükümlüsü durumuna gelmiştir. O, gaspeden konumundadır. Dolayısıyla hayvan telef olduğunda ücret vermesi gerekmez. Çünkü bu kişiye ödemenin gerekli olduğu andan itibaren hayvan üzerinde mülkiyeti bulunmaktadır.

“Bir kimse Hulvân şehrine kadar gitmek üzere belli olmayan bir hayvan kiralasa, hayvan yolda doğum yapsa ve bu nedenle kiracıyı taşıyamayacak duruma düşse, hayvanını kiraya veren kişi başka bir hayvan getirerek kiracıyı ve malını taşımak zorundadır.”

Çünkü hayvanını kiralayan kişi, yaptığı akitle işi zimmetinde üstlenmiştir, üstlendiği bu işi yerine getirmesi gerekir. Görmez misin bu hayvan telef olsaydı, başka bir hayvan getirmesi gerekirdi. Zayıf düştüğünde de aynı durum söz konusudur. Ancak kira akdi bizzat bu hayvan üzerinde yapılmışsa, akdin konusu bu hayvandan elde edilecek yarardır. Bu yarar, başka bir hayvandan elde edilemez. Bu durum, kiracının akdi bozması için bir özür oluşturur.

Bir kimse üç hayvan kiralasa sonra hayvanların sahibi, bu hayvanlardan birini başkasına kiraya verse, diğerini âriyet verse, üçüncüsünü de bağışlasa veya satsa, hayvanları kiralayan kişi bu hayvanları, bunları alanların elinde bulsa, sahibi bu hayvanları bir özür nedeniyle satmışsa satışı geçerlidir. Muhammed (rh.a.)’in “İlcâre” konusunda belirttiğine göre kira akdi bozular. Biz bu meseleyi daha önce açıklamıştık. Hayvanların sahibi özürsüz yere satmışsa satış geri çevrilir. Çünkü kiracı daha önce akit yaptığından hayvan üzerinde daha fazla hak sahibidir. Hayvanın yararlarını elde etmek ve onun üzerinde zilyet olmakla kira akdi gerçekleşmektedir. Ancak kiracı, âriyet alanın elinde malı gördüğünde hayvanların sahibi gelmedikçe ikisi arasında bir davalasma olmaz. Çünkü âriyet alanın mal üzerindeki zilyetliği, mal konusunda davalasmaya elverişli bir zilyetlik değildir. Kiracı, hayvanı kendisine bağışlanan kişinin elinde bulduğunda bu kişi o hayvan konusunda davada taraf olabilir. Çünkü kendisine bağışlanan kişi o hayvanın kendisine sahip olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla o hayvan üzerinde hak iddiasında bulunan kişiye taraf olabilir.

Hayvan sahibinin ikinci bir kişiye kiraya verdiği hayvana gelince, kiracı bunun üzerinde daha fazla hak sahibidir. Dolayısıyla kira konusu şeyi elde eder.

Muhammed (rh.a.)'in bu konuda söylediği söz kapalı bir sözdür. Çünkü burada iki kiracıdan hangisinin daha fazla hak sahibi olduğunu açıklamamıştır.

Âlimlerimizden bir bölümü (rh.a.) şöyle demişlerdir: Muhammed (rh.a.) burada ilk kiracıyı kastetmiştir, ikinci kiracı ona taraf olur. Çünkü ilk kiracı, ikincisinin kendisine ait olduğunu iddia ettiği şeyi iddia etmektedir. Dolayısıyla buna sahip olma konusunda taraf olur.

Ancak daha doğrusu ikinci kiracı tıpkı âriyet alan gibi, hayvanların sahibi gelmedikçe ilkinin taraf olamaz. Çünkü ikinci kiracı hayvanın aynının kendisine ait olduğunu iddia etmemektedir.

“Bir kimse on dirhem karşılığında Basra’ya kadar gidip gelmek üzere bir hizmetçi köle ve bir binek hayvanı kiralasa, daha önceden de Kûfe’ye kadar bir dirhem vermeyi koşul koymuş olsa, köle kaçsa, hayvan da ölse kiracı kölenin hizmetinden ne kadar yararlandıysa ve hayvana ne kadar bindiyse bunun ücretini öder.”

Çünkü kiracı akit konusu şeyden bu miktarda yararlanmıştır. Yararın kalanından yararlanması hayvanın ölmesi ve kölenin kaçması nedeniyle mümkün olmamıştır. Kiracı köle ve hayvan konusunda emanet alan konumunda olduğu için kendisine ödeme de gerekmez.

[15/178]

Bu kişi bir hayvanı kiralasa, hayvan sahibi “Benim adıma bir köle kiralasın, bu köle hem senin hem de hayvanın hizmetini görsün, kölenin ücreti bana aittir.” dese, sonra da hayvana harcanmak üzere bir miktar para verse, kiracı da bunu yapsa, daha sonra hayvana harcanacak olan şey kölenin elinden çalınsa kiracı, köleyi kiraladığına dair delil getirirse, köle de kendisinin nafakayı teslim aldığını ikrar etse nafaka ziyan olmuş olsun olmasın hayvan sahibinin bunu ödemesi gerekir. Değilse ödemesi gerekmez. Çünkü kiracı, köleyi kiralama konusunda hayvan sahibinin vekilidir. Onu kiraladığını delille ispat etmiştir. Bu durumda hayvan sahibi köleyi bizzat kiralamış gibi kabul edilir. Artık, nafakayı teslim alma konusunda hayvan sahibinin vekili köledir. Kölenin nafakayı teslim aldığını ikrar etmesi hayvan sahibinin ikrarı gibi kabul edilir.

Bir kimse Bağdat’a kadar gitmek üzere on dirhem karşılığında bir hayvan kiralasa ve ücreti de verse, Bağdat’a vardıktan sonra hayvan sahibi dirhemlerin bazılarını geri vererek “bunlar karışık dirhemlerdir (zuyûf)” veya “değersiz kalp paralardır” dese, hayvan sahibi daha önce bir ikrarda bulunmamışsa onun sözü kabul edilir. Çünkü o, hakkını aldığını inkar etmektedir. Hayvan sahibi daha önceden dirhemleri aldığını ikrar etmişse, karışık olduğunu iddia ettiği dirhemler konusunda yine onun sözü kabul edilir. Çünkü karışık paralar da dirhem cinsindendir. Hayvan sahibi bununla sözünde çelişkiye düşmüş olmaz. Ancak “kalp ve değersiz” olduğunu iddia ettiği dirhemlerde onun sözü kabul edilmez. Çünkü o, bu sözünü çelişkiye düşmektedir. Çünkü kalp (sahte, geçmeyen) para, dirhem

cinsinden değildir. Hayvan sahibi ücreti aldığını veya hakkını aldığını ya da iyi para aldığını ikrar etmişse, bundan sonra yaptığı iddia da çelişkiye düşeceği için sözü kabul edilmez.

Hayvanı ile başkasının yükünü taşıyan kişi yolda ölür, kiracı da hayvanı sürecek başka birisini kiralarsa, bunun ücretini kendisi öder. Bu konuda kendiliğinden bir ödeme yapmış olur. Bu, hayvana harcama yapması gibidir. Hayvan yolda ölürse, geldikleri miktarın kirasını ödemesi gerekli olur. Bu konuda kiracının sözü kabul edilir. Çünkü her iki taraf, kiracının akit konusu şeyin tümünü almadığında, görüş birliğinde, alınan veya ödenmesi gereken ücretin miktarında anlaşmazlığa düşmektedirler. Hayvan sahibi fazlalığı iddia etmekte, kiracı ise bunu inkar etmektedir.

“Bir kimse birisi ile Bağdat’a diğeri ile Hulvan’a gitmek üzere iki hayvan kiralasa, Bağdat’a ve Hulvan’a gitmek üzere kiraladığı hayvanlar belirli hayvanlar ise, kira akdi geçerli olur.”

Çünkü akdin konusu bellidir. Hayvanlar belirli olmazsa akdin konusunda tarafları anlaşmazlığa götürecek derecede bilinmezlik olduğu için bu akit geçerli olmaz. Kiracı bu şekilde akit yaptığında bindiği kısmın emsal kira bedelini öder. geçersiz akdi geçerli akde kıyas prensibinden hareketle kiracıya ödeme de gerekmez.

“Bir kimse Bağdat’a gitmek üzere bir katır kiralasa, hayvan sahibi kiracının yükü ile birlikte kendisine veya başkasına ait bir yükü daha hayvanla taşımak istese, kiracı bunu engelleyebilir.”

Çünkü kiracı yaptığı akitle hayvanın yararlarını elde etmiş ve bu açıdan hayvan sahibinin yerini almıştır. Hayvan sahibi ise yabancı bir kişi konumunda bulunmaktadır. Bununla birlikte hayvan sahibi bu yükü hayvana yüklese ve hayvan Bağdat’a kadar varsa, kiralayan kişi bu nedenle ücrette bir kesinti yapamaz. Çünkü kiracının amacı bütünüyle yerine gelmiş ve o akitle hak ettiği şeyi elde etmiştir.

Hayvanını kiraya veren iki kimse kira bedelinin miktarında anlaşmazlığa düşseler, kiracının sözü kabul edilir. Çünkü hayvan sahipleri kiracının daha fazla ödeme yapması gerektiğini iddia etmektedir. Kira akdi yararın elde edilmesinden sonra bozulmaya elverişli değildir. Bu nedenle fazlalığı inkâr eden kiracının sözü kabul edilir.

Hayvan sahipleri delil getirirse her birinin tanıklarının tanıklık ettiği şeyin yarısı onun lehine hükmedilir. Çünkü onlardan her biri kendisinin ve ortağının hakkını ispat etmektedir. Onlardan her birinin delili kendi hakkını ispat etme konusunda kabul edilmeye daha layıktır. Ayrıca onlardan her biri getirdiği delil ile ortağını yalanlamaktadır. Dolayısıyla bu delil diğer ortağın payı konusunda delil olamaz.

Kiralayanın
kiraladığı
maldan
kendisinin de
yararlanması

[15/179]

Kira akdinde
muhayyerliği
koşul
koymak

“Bir kimse bir günün bir saatinde seçim hakkına (muhayyerliğe) sahip olma koşuluyla bir hayvan kiralasa, daha sonra da bu koşulla hayvana binse, hayvan telef olsa, kiracının ücret vermesi gerekli olur, ödemesi gerekmez.”

Çünkü kiracının seçim hakkı bulunduğu süre içinde hayvana binmesi, seçim hakkını ortadan kaldırmaya razı olduğunu gösterir. Kiracı akdin konusunu almış ve telef etmiştir. Bu nedenle elde ettiği yarar miktarında kira vermesi gerekli olmuştur. Zararı ödemeye yükümlü değildir. Nitekim akitte seçim hakkı bulunmasaydı hüküm yine bu şekilde olurdu.

Seçim hakkı hayvan sahibine ait olursa, kiracı hayvanın değerini öder. Ücret ödemez. Çünkü hayvan sahibinin akde razı olması tamamlanmadan önce kiracı hayvana binmekle onu gaspetmiş olmaktadır. Hayvan sahibi seçim hakkına sahip olmayı koşul koyduğunda, rızası tam olarak gerçekleşmiş olmamaktadır.

Kirada
öngörülen
koşullara
uymama

“Bir kimse un öğütme işinde kullanmak üzere bir eşek kiralasa, onu değirmene bağlasa, kiracının işçisi hayvanı sürse ancak hayvana gereğinden fazla iş yaptırması sonucu hayvan ölse, işçi, eşeğin değerini öder.”

Çünkü hayvanı sürerken gereğinden fazla zorlayarak onu telef etmiştir. Halbuki kiracı bunu yapmasını emretmemiştir. İşçinin neden olduğu bu telef kiracıya geçmez. Dolayısıyla kiracı hayvanın değerini ödemez.

Bir kimse her gün on kafız⁷⁷ buğday öğütmek üzere bir öküz kiralasa, sonra bu öküzün günde ancak beş kafız öğütebildiğini görse seçim hakkına sahip olur. Çünkü akitte ileri sürdüğü koşul, kendisinin aleyhine olmak üzere değişikliğe uğramıştır. Dilerse kira akdini geri kalan bölüm için iptal eder. O ana kadar yaptığı öğütmede, öküzü kullandığı günlerin sayısı hesabına göre kira öder. Bu kirada herhangi bir kesinti yapamaz. Çünkü akdin konusu öküzün süre içindeki yararadır. Kiracı bunu almıştır. Günde on kafız öğütmesini koşul koyması akdi öküzün emeği üzerinde yapmış olmaz. Aksine öküzün öğütme işini yapma konusundaki dayanıklılığını açıklamak için söylenmiştir. Bu nedenle öküzün çalıştığı günlerin kira bedelinde herhangi bir kesinti yapılamaz.

Kiralanan
malın
kusurlu
çıkması

“Bir kimse Bağdat’a kadar gitmek üzere bir hayvan kiralasa fakat bu hayvanın geceleri görmediğini farketse veya hayvan itaatsiz olsa, yolda giderken sürekli tökezlese yahut ısırsa; akit belirli bir hayvan üzerinde yapılmışsa kiracı seçim hakkına sahiptir. Çünkü akitteki koşul kendisinin aleyhine olmak üzere değişmiştir. Kiracı gittiği yerin ücretini ödemek zorundadır.”

⁷⁷ **Kafiz**; 12 sa’ miktara denk bir ölçek. Sa’, 1040 dirhem buğday alan ölçü birimidir.

Çünkü o, akit konusundan bu miktarı almıştır. Eğer kira belirsiz bir hayvan üzerinde yapılmışsa hayvan sahibi kiracıyı bir başka hayvan üzerinde Bağdat'a kadar taşıyabilir. Çünkü hayvan sahibi hayvan belirli olmadığında işi zimmetinde üstlenmiştir. Bu hüküm, hayvanda bu tür kusurların bulunduğu dair delil bulunduğuandır. Kiracının hayvanda kusur bulunduğu şeklindeki iddiası delilsiz olarak kabul edilmez.

"Bir kimse elde edeceği kazancın yarısı sahibine ait olmak koşuluyla, taşıma işi yapmak için birisinden deve kiralasa;

"Ebû Hanîfe (rh.a.) bu konuda şöyle derdi: Deveyi kiralayan kiracı, yükü deve üzerinde taşıyorsa ücretin tümü deve sahibine ait olur."

Çünkü bu ücret, deve sahibinin devesinin yararının karşılığıdır. Devenin teslim edildiği kişi ise deveyi kiraya verme konusunda hayvan sahibinin yerini almaktadır. Deveyi çalıştıran kişi emsal ücrete hak kazanır. Çünkü bu kişi yaptığı işe karşılık bedel istemektedir. Deve sahibi adına iş görmüş, yükün taşınması karşılığında kendisine bir bedel verilmemiştir. Dolayısıyla o, emsal ücrete hak kazanır.

Deveyi kiralayan kişi deve üzerinde mal taşıyarak bunları satıyorsa, kazandığı mal kendisine ait olur. Çünkü o, alım-satım yoluyla kazandığı kazanç konusunda kendisi adına iş yapmaktadır. Devenin emsal kira bedelini verir. Çünkü deve sahibi devesinin yararı karşılığında bedel istemektedir. Bu bedel de kendisine verilmemiştir.

"Bir kimse mektubunu Bağdat'a götürmesi için bir köle kiralasa, köle mektubu götürdüğünü söylese, fakat kendisine mektup gönderilen kişi 'Bana mektubu getirmedi.' dese, köle iddiasına dair delil getirmek zorundadır."

[15/180]

Çünkü o, akdin konusunun devam etmekte olduğunu iddia etmektedir. Köle, mektubu ulaştırdığına dair delil getirirse, delil ile sabit olan karşı tarafın ikrarı ile sabit olmuş gibi olur. Kölenin ücretini mektubu alan kişi değil, gönderen öder.

Mektubun gönderildiği kişi "Ben ona on dirhem ücret ödedim." dese, tıpkı gönderenin iddia etmesi durumunda olduğu gibi, burada da mektubun gönderildiği kişi delil getirmek zorundadır.

Köle mektubu Bağdat'a götürdüğünü fakat mektubun gönderildiği kişiyi bulamadığına dair delil getirirse ücrete hak kazanır. Çünkü o, kendisine düşen görevi, yani Bağdat'a kadar mektupla birlikte gitmeyi kendisine emredildiği şekilde yerine getirmiştir.

Mektubu gönderen kişi, köleyi mektubu götürüp cevap getirmek üzere kiralamışsa, yalnızca gidiş ücretini almaya hak kazanır. Dönüş ücreti alamaz. Çünkü köle geri dönme konusunda kendisini gönderenin emrine uymamıştır. Yanında cevabı da getirmediğinden onun adına çalışmamıştır.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre köle, mektubun gönderildiği kişiyi bulamayıp mektubu geri getirirse ücrete hak kazanamaz.

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demiştir: Köle gidiş ücretini almayı hak eder. Çünkü o, gidiş konusunda kendisine emredildiği şekilde mektubu gönderen adına çalışmaktadır. Dolayısıyla bu miktarda ücrete hak kazanmıştır. Nitekim mektubu, kendisine gönderilen kişinin ailesine bıraksaydı aynı şekilde gidiş ücretine hak kazanırdı. Bağdat'a buğday götürmek üzere ücretle tutulan kölenin, yükü Bağdat'a götürüp sonra geri getirmesi meselesi bundan farklıdır. Çünkü bu durumda ücrete hak kazanmak, buğdayı bir yerden diğer bir yere taşımakla olur. Adam buğdayı getirmekle işi tam yapmamış akdin konusu olan şeyi (ma'kûdün aleyh) yerine koymamıştır. Bizim meselemizde ise ücrete hak kazanmak uzaklığı kat etmekle olmaktadır. Çünkü mektubun taşınması külfet ve masrafı gerektirmez. Dolayısıyla köle mektubu geri getirmiş olsun olmasın, geriye dönme konusunda yaptığı işi eksik yapmış olmaz.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.) şöyle demektedirler: Kölenin mektubu geri getirmesi durumunda mektubu gönderen kişinin amacı olan hiç bir şey gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla başkası tarafından gönderilme durumunda olduğu gibi burada da köle ücrete hak kazanamaz.

Bunu şöyle açıklayabiliriz: Emri veren kişinin amacı, mektubun gönderildiği kişiye ulaşması, onun cevabının da kendisine gelmesidir. Köle mektubu geri getirdiğinde sanki hiç götürmemiş gibi olur. Çünkü emri verenin amacından hiç bir şey gerçekleşmemiştir. Mektubu gönderilen yere bıraktığında ise, emri verenin amacının bir kısmı gerçekleşmiştir. Çünkü mektubun gönderildiği kişi geldiğinde, mektupta yer alan şeyleri öğrenir. Bir başkası aracılığıyla cevabını gönderir. Emri verenin amacının bir kısmının gerçekleşmesi nedeniyle, emri verenin yalnızca gidiş ücretini vermesi gerektiğine hükmettik.

“Bir kimse belirli bir yere kadar gitmek üzere bir hayvan kiralasa, hayvana eğer ile mi semer ile mi binileceğini belirtmese, hayvan sahibi hayvanı üzerinde bir şey olmadığı halde teslim etse, kiracı da eğer veya semerle binse ve hayvan telef olsa; bu yolda böyle bir hayvana semer veya eğerle biniliyorsa, kiracıya zararı ödeme gerekmez. Hayvana yalnızca eğerle binildiği halde kiracı semerle binmişse zararı ödemeye yükümlü olur.”

Çünkü kayıtsız olarak yapılan kira akdi ile kiracı, akit konusu şeyin örfe uygun olarak elde edilmesini hak etmiştir. Kiracı buna aykırı davrandığında ödemeye yükümlü olur.

“Bir kimse Fırat'tan Cu'fa'ya gitmek üzere bir hayvan kiralasa, bu kabilelerden hangisine gideceğini belirtmese veya bu kişi Kinâse'ye gitmek üzere bir binek kiralasa fakat hangi Kinâse'ye gideceğini

belirtmese, Bahile'ye gitmek üzere hayvan kiralayıp bunun dış mı iç mi olduğunu bildirmese, kiracının emsal kira bedelini ödemesi gerekir.⁷⁸

Çünkü akdin konusunda bilinmezlik bulunduğundan bu akit geçersizdir. Geçersiz akit hükmü ile yararın elde edilmesi emsal ücreti gerektirir. Yine bir kimse Sehle'ye gitmek üzere bir hayvan kiralasa fakat akit yaparken bunun Sehle-i Kût mu yoksa Sehle-i Emîr mi olduğunu belirtmese veya Husûn'a kadar kiralasa fakat iki köyden hangisine gideceğini belirtmese aynı hükümler geçerli olur.

[15/181]

"Bir kimse ticarete izinli olan veya olmayan bir köleyi, belirli bir deve üzerinde taşıyacağı şeyden elde edeceği kazancın yarısına kiralasa, akit geçersiz olur."

Bir işte çalıştırmak üzere köle kiralamak

Çünkü ücret bilinmemektedir. Ayrıca bu akdi yapan kişi, kölenin çalışması sonucu elde edeceği şeyin yarısını kira bedeli yapmıştır. Bu şekilde yapılan kira akdi geçersizdir. Köle, ticaret yapmasına izin verilmiş ise veya efendisinden kiralınmışsa bu kişi için çalıştığında emsal kira bedelini hak eder. Köle ticarete izinli kölelerden değilse ve kiracı onu efendisinden kiralamamışsa, kölenin ölmesi durumunda onu kiraya tutan kişi, değerini öder. Çünkü kiracı, efendinin izni olmaksızın köleyi çalıştırdığında onu gaspetmiş olur. Kiracının ücret ödemesi gerekmez. Çünkü kendisine ödemenin gerekli olduğu andan itibaren bu ödeme yükümlülüğü nedeniyle köleye sahip olmuştur. Köleye bir şey olmazsa istihsan deliline göre onu kiralayan kişinin ücreti ödemesi gerekir. Kıyasa göre ise ücret ödemesi gerekmez. Çünkü onu çalıştıran kişi gaspeden hükmünde olup, ödemeye yükümlüdür.

Istihsânın delili şudur; Kölenin yaptığı bu akit, köleye bir şey olmaması durumunda tamamen efendinin yararınadır. Çünkü bu akit geçerli kabul edilirse, ücreti ödemek gerekli olur. Geçerli kabul edilmezse ücret gerekli olmaz. Ticaret yapması konusunda kısıtlanmalı olan kölenin, bağış ve sadaka kabul etmek gibi tamamen yararlı olan kullanımları yapması yasaklanmış değildir. Ayrıca köleye bir şey olmaması durumunda bu akit tamamen kazanç sağlayan bir akitir. Bu, kölenin efendisinin izni olmaksızın odun toplaması ve av yapması gibidir. Köleye getirilen kullanım kısıtlaması efendinin zarara uğramasını önlemek içindir. Efendiye zararı olmayan kullanımlarda köle kısıtlanmış değildir.

"Bir kimse Bağdat'a kadar bir hayvan kiralasa ve akit sırasında hayvan kendisini Bağdat'a ulaştırırsa hayvan sahibinin razı olduğu bedeli ödeyeceğini koşul koysa, hayvan sahibi de yirmi dirheme razı olsa, emsal ücret alabilir."

Çünkü akit sırasında ücret bilinmemektedir. Yarar da geçersiz akde dayanılarak elde edilmiştir. Ancak emsal ücret yirmi dirhemden fazla olursa,

⁷⁸ Bu paragraf, aynı adı taşıyan iki yerden hangisine gideceğini belirtmeden, o yerlerin adını söyleyerek taşıt kiralamanın hükmünü içermektedir.

bundan fazlası verilmez. Çünkü hayvan sahibi bu miktara razı olmuş ve kiracıyı fazlasından aklamıştır.

Bir malı,
miktar
belirlemeden
kiralamak

"Bir kimse 'arkadaşlarım kaç kiralıyorsa' veya 'insanlar kaç kiralıyorsa' şeklinde akit yapsa emsal ücret ödemesi gerekir."

Çünkü akitte belirtilen şeyin miktarı bilinmemektedir. İnsanlar bu konuda birbirinden farklıdır. Kimisi kolaylık gösterir. Kimisi de işi çok sıkı tutar.

Kiralamada
ücretin, kira
akdi yerine
göre olması

"Bir kimse İran'da belli bir yere gitmek üzere Kûfe'den dirhem veya dinar karşılığında hayvan kiralasa bu paralar, Kûfe'deki paralardan ve onların ağırlığında olmalıdır."

Çünkü ücretin gerekli olması, akit konusunun elde edilmesine kadar gecikse bile, ücreti gerektiren neden akitir. Akit de Kûfe'de yapılmıştır. Dolayısıyla kayıtsız olarak paranın anılması durumunda bundan Kûfe'deki paraların ağırlık ve cinsi anlaşılır. Çünkü örf, kayıtsız olarak yapılan akitlerde göz önüne alınır. Belirleme, yararın elde edilmesi sırasında değil, akit sırasında yapılır. Bu nedenle akdin yapıldığı yere itibar edilir.

Gidilecek yeri
tam olarak
değil bölge
olarak
belirterek
binit
kiralamak

"Bir kimse İran'a gitmek üzere hayvan kiralasa fakat belirli bir yer belirtmese akit geçersiz olur."

Çünkü akdin konusu bilinmemektedir. Bu kişi, bir çok şehir ve köylerden oluşan bir yerin adını belirtmiştir. Bunlardan hangisine gideceğini belirlemediğinde taraflar arasında anlaşmazlık olur. Hayvanını kiraya veren kişi, bu yerlerden en yakınına kadar binmesini ister. Kiracı ise en uzağına kadar binmeyi isteyebilir. Her iki taraf da akdin kayıtsız olarak yapılmasını delil olarak gösterebilir. Bizim bölgemizde kişinin Fergana veya Sa'd'a gitmek üzere hayvan kiralaması da böyledir.

[15/182]

"Bir kimse Rey'e gitmek üzere bir hayvan kiralamakla birlikte gideceği şehri veya yerleşim yerini belirtmese akit yine geçersiz olur."

Hişam'ın Muhammed (r.h.a.)'den naklettiğine göre akit câizdir. Burada Rey, bir şehrin adı olarak kabul edilmiştir. Bu, Semerkand veya Özcend'e gitmek üzere hayvan kiralama gibi kabul edilmiştir.

Zâhirü'r-rivâye'de ise Muhammed (r.h.a.) şöyle der: Rey ismi, şehir merkezini ve civarını kapsamaktadır. Kiracı bunlardan hangisine gideceğini belirtmediğinde, tarafları anlaşmazlığa götürecek bir bilinmezlik olur.

Kiracı, Rey şehrinin en yakın yerine kadar binerse emsal kira bedelini öder. Bu da akitte belirlenenden daha fazla olamaz. Çünkü hayvan sahibi Rey şehrinin en yakın yerine kadar akitte belirlenen ücrete razı olmuştur.

Kiracı, Rey şehrinin en uzak yerine kadar binerse emsal kira bedelini öder. Bu bedel akitte belirlenenden daha az olamaz. Çünkü kiracı Rey şehrinin en uzak yerine kadar gitmek üzere akitte belirlenen ücrete razı olmuştur. Bundan daha azı

ödenemez. Emsal ücret, akitte belirlenenden daha fazla ise, akitte belirlenenden daha fazlası ödenir. Çünkü hayvan sahibi Rey şehrinin en yakın yerine kadar gitmek üzere akitte belirlenen ücrete razı olmuştur. En uzak yerine kadar razı olmamıştır. Bunun benzeri bizim bölgemizde bir kişinin Buhârâ'ya kadar hayvan kiralamasıdır. Buhârâ, birçok köyesi bulunan bir beldenin ismidir. Buhârâ'nın ilk sınırı Kermîniyye'den başlar, son sınırı ise Ferber'e kadar uzanır. Bu ikisi arasında uzunca bir uzaklık vardır. Bu meselede verilecek hüküm, tıpkı Rey şehri ile ilgili meselede verilecek hüküm gibidir.

Bir kimse, kendisini iki gün içinde Kûfe'den Bağdat'a ulaştırırsa sahibine on dirhem, aksi takdirde bir dirhem vereceğini koşul koyarak hayvan kiralasa, bu daha önce geçen şu mesele ile aynı türdendir: Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre belirtilen ilk bedel geçerlidir. İkinci geçersizdir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise her iki ücret belirlemesi de geçerlidir. Biz bu konuyu, terzinin yapacağı iş meselesinde ele almıştık.

"Bir kimse, sabahtan akşama kadar Kûfe'de bir hayvan kiralasa, güneşin batıya dönmesinden sonra hayvanı geri vermesi gerekir."

Çünkü güneşin batıya dönmesinden sonra akşam sayılır. Allahu Teâlâ'nın;

﴿أَنْ سَبَّحُوا بُكْرَةً وَعَشِيًّا﴾

"Sabah ve akşam tesbihte bulunun." (Meryem 19/11) âyeti, "güneşin batıya dönmesinden önce ve sonra" diye tefsir edilmiştir. Aynı şekilde Allahu Teâlâ'nın;

﴿وَلَا تَطْرُدِ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ﴾

"Sabah akşam Rablerine yalvaranları kovma!" (el-En'âm 6/52) âyetinde de الْغَدَاةُ ; güneşin batıya dönmesinden önce, الْعَشِيِّ de; güneşin batıya dönmesinden sonra anlamındadır. Hadiste yer aldığına göre Peygamber (s.a.v.) النَّعَاءُ namazlarının ikisinden birini, yani ya öğleyi ya ikindiye kılmıştır. Bu ön bilgidен sonra şunu söyleyebiliriz: Kiralayan kişi akitte akşamı sınır olarak belirlemiştir. Sınır ise kira akdine dahil değildir.

"Bu şekilde hayvanı kiralayan kişi hayvana güneşin batıya dönmesinden (zevalden) sonra binse ödemeye yükümlü olur. Çünkü akit, güneşin batıya dönmesinden sonra sona ermiştir. Kiracı bundan sonra hayvana bindiğinde gaspeden konumunda olmuş olur."

"Bir kimse bir günlüğüne hayvan kiralasa, ikinci fecrin doğuşundan güneşin batışına kadar hayvana binebilir."

Çünkü "gün" bu zaman dilimine verilen bir isimdir. Görmez misin oruç, dinen gün ile belirlenir. Orucun süresi de sabahın (fecrin) doğuşundan güneşin batışına kadardır. Bir kimsenin bir günlüğüne ücretle işçi tutmasında da kıyas böyle

Bir
günüğüne
yapılan
kiranın
başlangıç ve
bitiş zamanı

Günün tanımı

olmasını gerektirir. Ancak işçi genellikle namazı bitirmedikçe işe başlamaz. Bu nedenle bu konuda kıyası terkettik. Hayvanın kiralınması meselesinde bu husus bulunmamaktadır.

Bir kimse bir geceliğine bir hayvan kiralasa, güneşin batışından sonra hayvana binebilir. Fecrin doğuşunda hayvanı geri verir. Çünkü güneşin batışı ile gece başlar. Nitekim orucun bu vakitte açılması bunu göstermektedir.

Gündüzün
tanımı

Muhammed (r.h.a.), kiracının hayvanı "gündüz" (binmek üzere) diyerek kiralamasından söz etmemiştir. Bizim âlimlerimizden bir kısmı şöyle demektedir: Bu şekilde hayvanı kiralayan kişi güneşin doğuşundan batışına kadar hayvana binebilir. Çünkü "gündüz" güneşin doğuşundan itibaren başlayan süreye verilen isimdir. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur:

صَلَاةُ النَّهَارِ غَحْنَاءُ

"Gündüz namazları dilsizdir (sessiz okuyuşla kılınır)." ⁷⁹

[15/183]

Fecr ve güneşin batışı gündüze girmez. Bu vaktin "gündüz" diye isimlendirilmesinin nedeni güneşin bu sürede gökyüzünde akmasıdır. Nitekim içinde suyun akması nedeniyle nehre bu isim verilmiştir.

Bütün bu hükümler, kişi dilcilerden olup, gün ile gündüz arasındaki farkı bildiğinde söz konusu olur. Normal halk kitlesi bunu bilmez. Her iki sözcüğü aynı anlamda kullanırlar. Bu nedenle gündüz konusundaki hüküm gün konusundaki hükümle aynıdır.

Gidilecek
yeri
belirtmeden
hayvan
kiralamak

"Bir kimse bir işini görmek için bir dirheme bir hayvan kiralasa, gideceği yeri belirtmedikçe akit geçerli olmaz."

Çünkü yeri belirtmedikçe akit konusu bilinir duruma gelmez. Geçersiz kira akdinde, hayvan kiracının elinde telef olduğunda kiracının ödemesi gerekmez. Geçersiz akit, geçerli akde kıyas edilir. Ayrıca her iki durumda da kiracı hayvanı, sahibinin izni ile kullanmaktadır.

Kiracının elindeki hayvanın sahibi çıksa, hayvan kiracının elinde ölmüş olsa da kiracı, hayvanın değerini ödese, o hayvanı kendisine kiralayan kişiden ödediğini alır. Çünkü kiracı, kiralayan tarafından ödemeye tabi bir akit yapılmasıyla aldatılmıştır. Bu nedenle kendisinin karşılaştığı tazminat ödemesini ondan geri alır. Kiracı, değerini ödemekle hayvana sahip olmamaktadır. Ödemeye tabi bir malın mülkiyeti, zararı ödeme yükümlüsüne ait olur. Burada ödeme yükümlüsü hayvanı kiraya verendir. Hayvanın gerçek sahibi hiç birinden kira alamaz. Çünkü kiranın gerekli olması, kiraya verenin yaptığı akit nedeniyle olur. Dolayısıyla ücret de yalnızca kiraya verene ait olur.

⁷⁹ Abdurrezzak, *Musannef*, II/493; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, I/320; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, II/6.

“Bir kimse aylığı on dirheme öğretme işinde kullanmak üzere bir hayvan kiralasa fakat her gün ne kadar öğüteceğini belirtmese kira akdi geçerli olur.”

Çünkü akdin konusu süre içinde hayvandan elde edilecek yarardır. Bu ise bilinmektedir. Hayvan iş sonucu ölürse kiracı ödemez. Ancak aşırı bir iş yüklemesi durumunda öder. Kayıtsız olarak yapılan kira akdi ile kiracı akit konusunu örne göre kullanma hakkını elde etmiş olur. Bu sınırı aştığında akde aykırı davranmış olur. Zararı ödemeyle yükümlü olur.

“Bir kimse Bağdat’a kadar gitmek üzere hayvan kiralasa ve hayvana binse fakat kira akdinde belirttiği yerden başka bir yere gitse; kira akdi, akde aykırı davranmadan önceki biniş miktarınca bağlayıcıdır.”

Çünkü kiracı, akit konusunu akdin gerektirdiği gibi bu miktarda elde etmiştir. Kiracı akde aykırı davrandığı durumda ödemeyle yükümlü olur. Ödeme yükümlüsü durumuna geldikten sonraki kısımda ücret vermesi gerekmez.

Bir kimse üzerinde bir insan taşımak üzere hayvan kiralasa ve semer veya eğerle birlikte ağır bir kadın taşısa, hayvan da telef olsa, ne kiracıya ne de kadına ödeme gerekmez. Çünkü kiracı akdin konusunu elde etmiştir. Akitte belirlenen şey bir insanın taşınmasıdır. Kadın da ağır bile olsa insandır. Ancak böyle bir hayvan bu kadını taşıyamayacak durumda ise bu, ödemeyi gerektiren bir telef etme olur. Muhammed (r.h.a.) bu ifadelerinde meseleyi tek yönlü ele almıştır. Meseleyi erkekler hakkında değil, kadınlar hakkında ortaya koymuştur. Çünkü bu şekilde ağır kilolu olmak erkeklerde yerilen bir nitelik iken, kadınlar bakımından güzel karşılanan bir durumdur.

“Bir kimse bir gün akşama kadar bir hayvan kiralasa, hayvan sahibi kiracıya hayvanı göstererek ‘dilediğin zaman bin’ dese, akşam olduğunda taraflar ücret ve binme konusunda anlaşmazlığa düşseler, hayvan kiracıya teslim edilmişse kiracının ücreti ödemesi gerekir.”

Çünkü hayvanı kiraya veren kimse akit konusunu teslim etmiştir. Dolayısıyla kiracı bunu alma hakkına sahiptir. Hayvan sahibi hayvanı teslim etmemişse, kiracının ücret ödemesi gerekmez. O, akit konusunu kiracıya teslim etmemiştir. Kiracının hayvana bindiğine dair delil getirme, hayvan sahibinin yükümlülüğüdür. Çünkü hayvan sahibi kiracının akit konusunu aldığını ve ücretin gerekli olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla bunu delille ispat etmesi gerekir.

“Kiracı bir işini görmek için hayvanı Hîre’ye kadar kiralasa ve hayvan sahibi ‘İşte hayvan, ona binebilirsin.’ dese Hîre’ye kadar gidip gelecek kadar bir süre geçtikten sonra, kiracı ‘Hayvana binmedim, Hîre’ye de gitmedim.’ dese, kiracı Hîre’ye kadar gidip gelecek kadar bir süre hayvanı elinde tutmakla birlikte Hîre’ye gitmemişse ücreti ödemesi gerekmez.”

[15/184]

Çünkü daha önce açıkladığımız gibi söz konusu durumda akdin konusu, Hîre'ye kadar hayvanın yürümesidir. Hayvan evde bağlı bir durumda dururken bunun gerçekleşmesi düşünülemez. Hayvan sahibi onu kiracıya teslim etmiş olduğu halde kiracı, "Ben hayvanı Hîre'ye götürmedim." dese; kendisinin Hîre'ye doğru yola çıktığı bilinse ve o "Ben Hîre'den geldim, oraya gitmedim." dese doğrulanmaz. Çünkü onun Hîre'ye doğru yöneldiği ve gidip gelecek kadar bir sürenin geçtiği bilindiğinde görünüşe göre bu kişi Hîre'ye gitmiştir. O "Ben Hîre'den döndüm." demekle, görünüşün gösterdiği durumun aksini iddia etmektedir.

Akit üzerinden az bir süre geçtikten sonra hayvanı sahibine teslim etmişse, ücret ödemesi gerekmez. Çünkü görünüş kendisini desteklemektedir.

Eğer "Hayvan sahibi görünüşe dayanarak ücrete nasıl hak kazanabilir? Çünkü görünüş, bir kimsenin karşı hak iddia etmesini önler, başkasına karşı hak iddia etmeye elverişli değildir." denilirse, buna şu cevabı veririz: Hayvan sahibi, kiracı hayvanı kullanma imkânını elde ettiği anda, akitle ücrete hak kazanmaktadır. Dolayısıyla hayvan sahibinin ücret üzerindeki hakkı, görünüş ile sabit olur. Çünkü kiracı, akdin konusunu alma imkânına sahip olur. Bu ise görünüşe dayanarak hak sahibi olma anlamına gelmez. Ayrıca bu görünüşe dayanarak kiracının "Ben Hîre'ye gitmeden, oradan döndüm." sözü reddedilir.

"Bir kimse Bağdat'a kadar gitmek ve ücreti Bağdat'dan döndükten sonra vermek üzere bir kişiden hayvan kiralasa, kiracı Bağdat'da ölse Bağdat'a kadar gidiş ücreti onun malından alınır."

Çünkü o, bu miktarda akit konusunu almıştır. Daha sonra kendisinin ölümü ile kira akdi sona ermiştir. Dolayısıyla vâde de ortadan kalkmıştır. Bununla, gidilen miktarın ücreti tıpkı diğer borçlar gibi, ölen kiracının terekesinde bir borç durumuna gelmiştir.

Allah daha iyi bilir.

KARMA İNDEKS

A

akar, 12
âmil, 9
âriyet, 30, 144, 247
arşın, 24
ayn, 44

B

bâin talak, 183
beyt, 24
Beytül-mal, 4
bükkam, 130

C

cebel, 192
cebrî taksim, 49
cerîb, 61

D

dânık, 66
dâr, 24
dârülharp, 95
deyn, 155

E

ecîr-i hâs, 110, 111, 145, 229
ecîr-i müsterek, 111, 109, 145, 222, 229
el-müslemu fih, 102

F

finâ, 251

G

gabn, 38
gabn-ı fahiş, 55
garar, 104
garar satışı, 126
gasp, 89
gece, 262
geçiş hakkı, 31
gün, 261
gündüz, 262

H

haberi vâhid, 75
hac, 105
hacamat, 116
hakem, 48
harîm, 29, 41
Hâşimî ölçeği, 137
Hayber, 3
Hayber arazisi, 2
Herat kumaşı, 23, 50
hevdec, 166
hiyâr-ı rû'yet, 53
hiyar-ı şart, 214
hiyâzet, 92
hibe, 158
hulû, 158
humus, 3

I

iâre, 144
 ibnû's-sebîl, 177
 ibrâ, 80, 158
 lcâre, 100
 ifk hadisesi, 9
 ifrâz, 23
 ihrâz, 75
 ikâle, 16, 59, 215
 lrtifak hakları, 19
 istibrâ, 175
 istisna' akdi, 118

I

îyreti, 30

K

kafiz, 63, 256
 kaffizu' t-tahhân, 125
 kamûs, 2
 karz, 34
 kasm, 9
 kassâr, 135, 145
 kayyim, 57
 kefalet bi'd-derek, 164
 Ketîbe, 2, 3
 kısmet, 1
 kısmet-i cem', 23, 24, 35
 kısmet-i tefrîk, 23
 kira, 100
 Kira akdi, 196
 Kitâbet akdi, 97, 175
 kubbe, 240
 Kuhistan kumaşı, 200
 kur'a, 9
 kür, 63, 163

M

ma'kûdün aleyh, 44, 91, 101, 111
 mahtûm, 63
 maksûre, 27, 30
 medâmîn, 125
 melâkîh, 125
 menn, 124, 138
 menzil, 24
 mesîl, 77
 mesîl hakkı, 19
 miras, 85

mislî mal, 114
 muâvaza, 23, 49
 muhâyee, 207, 218
 muhayyerlik, 54
 murâbaha, 130
 mûsâ leh, 81
 mübâdele, 2, 29
 mükâtebe, 97
 mükâtep, 97
 mürted, 95
 müslemün fih, 49, 155
 müslemün ileyh, 155
 müste'men, 191
 mütekavvim mal, 96
 müzâraa, 39, 108

N

Natat, 2

O

ortak işçi, 111

Ö

özel işçi, 110

P

paylaşım, 89
 paylaşırma, 51

R

rabbû's-selem, 148, 155
 rıtıl, 123
 Ric'f boşama, 183

S

safran, 130
 satım akdi, 51
 selem, 34
 selem akdi, 118
 semen, 44
 seriyye, 115
 Sevad, 192
 Sikk, 2
 sipariş akdi, 118

sulh akdi, 79
Sülâlim, 2

Ş

şuf'a, 67
şuf'a hakkı, 29
şürb hakkı, 31

T

taksim, 1, 89, 99
teâti, 241
temlik, 158
temyiz, 29, 51, 60
tereke, 85

U

Usfur, 130

V

vasî, 55, 80
Vatiha, 2
velâ, 176

Z

zimmî, 95
zirâ', 21, 75
Zut elbisesi, 169
Zut kumaşı, 50, 163